



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ANDERSON DE AZEVEDO

**JURISDIÇÃO, ARBITRAGEM E RELAÇÕES DE
CONSUMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DOS
PRINCIPAIS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS E A PROMOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Londrina
2011

ANDERSON DE AZEVEDO

**JURISDIÇÃO, ARBITRAGEM E RELAÇÕES DE
CONSUMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DOS
PRINCIPAIS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS E A PROMOÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito - Área de Concentração
em Processo Civil - da Universidade Estadual
de Londrina como requisito parcial para a
obtenção do grau acadêmico de Mestre em
Direito

Orientadora: Prof^a Dr^a Rozane da Rosa
Cachapuz

Londrina
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

A994j Azevedo, Anderson de
Jurisdição, arbitragem e relações de consumo: construção histórica e política dos principais mecanismos de solução de conflitos e a promoção de acesso à justiça nas relações de consumo. / Anderson de Azevedo – Londrina, 2011.
168f.

Orientador: Rozane da Rosa Cachapuz
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

1. Jurisdição – Teses. 2. Arbitragem – Teses. 3. Relações de Consumo – Teses. I. Azevedo, Anderson. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 342.57(81)

ANDERSON DE AZEVEDO

**JURISDIÇÃO, ARBITRAGEM E RELAÇÕES DE CONSUMO:
CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DOS PRINCIPAIS
MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A PROMOÇÃO DE
ACESSO À JUSTIÇA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Negocial - Linha de
Pesquisa em Direito Processual Civil - da
Universidade Estadual de Londrina como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Mestre em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz
UEL – Londrina - PR

Prof^a Dr^a Tânia Lobo Muniz
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
UNIFIL – Londrina - PR

Londrina, 01 de setembro de 2011

Dedico este trabalho à minha amada esposa
e aos meus abençoados filhos: João, Pedro e
Tiago

AGRADECIMENTOS

A toda a minha família, em especial à minha esposa, de quem recebi lições de perseverança, e também aos meus filhos que suportaram a minha ausência no período de desenvolvimento desse trabalho.

À Professora Dra. Rozane da Rosa Cachapuz, por todos os esforços despendidos como orientadora desta pesquisa, por toda a paciência e compreensão no decorrer do meu aprendizado, por todos os ensinamentos que, sem dúvida, indicaram o caminho correto a ser seguido, especialmente pela confiança depositada nos meus esforços.

Ao mestre, Professor Dr. Sérgio Alves Gomes, pelos sólidos ensinamentos que pude absorver, na graduação, especialização e mestrado, pelo exemplo que representa.

Aos colegas profissionais, que tanto colaboraram ao longo de minha trajetória, em especial aos sócios Henrique Afonso Pipolo, Giacomo Rizzo, Ricardo Cremonezi, e ao amigo Douglas Maranhão pelas sempre pertinentes colaborações.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Londrina, por toda dedicação e prestatividade nos ensinamentos ministrados.

AZEVEDO, Anderson de. *Jurisdição, arbitragem e relações de consumo: construção histórica e política dos principais mecanismos de solução de conflitos e a promoção de acesso à justiça nas relações de consumo*. 168 f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

O presente estudo analisa, a partir da metodologia histórica e dedutiva, a construção histórica e política dos institutos da jurisdição e da arbitragem, considerando-os como os principais mecanismos de solução de conflitos. Associa a noção de jurisdição com a função de pacificação social exercida pelos órgãos políticos constituídos ao longo da história, nos diversos modelos de sociedades (primitivas, antigas, medievais, modernas e contemporâneas). Estuda a arbitragem como um instrumento privado de pacificação social, de índole eminentemente econômica, desde a antigüidade até a contemporaneidade, especialmente em face do fenômeno da globalização. Considera a importância da arbitragem no atual cenário de organização social, como mecanismo alternativo de acesso à justiça, notadamente com a implantação do Estado Democrático de Direito. O estudo enfatiza o desenvolvimento histórico e político das relações de consumo, bem como o surgimento de uma legislação específica para a sua regulamentação no século XX. Discorre sobre o desenvolvimento de uma tutela específica de proteção ao consumidor, diante do manifesto desequilíbrio entre os sujeitos integrantes da relação de consumo no Estado de Direito brasileiro. Apresenta a discussão sobre a necessidade de adequação do sistema clássico de solução de conflitos às novas necessidades sociais e apresenta o debate sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem nas relações de consumo, como instrumento de acesso à justiça. O estudo demonstra, conclusivamente, a concretização de propostas de reformulação dos paradigmas clássicos da jurisdição no âmbito da resolução de conflitos de consumo, a viabilidade da arbitragem dos interesses do consumidor, bem como a necessidade de utilização mais acentuada do sistema arbitral na seara das relações de consumo, como garantia de efetivação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Jurisdição. Arbitragem. Relações de consumo.

AZEVEDO, Anderson de. *Jurisdiction, arbitration and consumption relations: historical and political construction of the main mechanisms of conflict resolution and the promoting access to justice in consumption relationships*. 168 f. 2011. Dissertation (Master Law School) - Londrina State University, Londrina, 2011.

ABSTRACT

The present study examines, according to the historical and deductive method, the historical and political construction of the institutes of jurisdiction and arbitration, considering then as the main mechanisms of the conflict resolution. The study associates the notion of jurisdiction with the function of social appeasement by the political organizations constituted throughout history, by several models of societies (primitive, ancient, medieval, modern and contemporary). It studies arbitration as a private instrument of social appeasement, economic in nature, since the antiquity until the contemporaneity, especially in light of the phenomenon of globalization. The research considers the importance of arbitration in the current environment of social organization, as an alternative mechanism to access justice, notably with the establishment of a Democratic State of Law. The study emphasizes the historical and political development of the consumption relationships, as well as the emergence of a specific legislation for their regulation in the twentieth century. This study discusses the development of a specific protection of consumer protection, due to the imbalance between the subjects from the ratio of consumption in the Brazilian State of Law. It opens the discussion about the need for an adequate classical system of conflict resolution to new social needs, and shows the debate about the possibility of the application of the arbitration in consume relationships, as an instrument of justice access. The study shows, conclusively, a concretization of the proposals of the reformulation of the classical paradigms of the jurisdiction with respect to the resolution of conflicts about consumption, the viability of the arbitration of the consumer interests, as well as the need of a heavier use of arbitration system in the area of the consumption relationships, with the guarantee of the effective access to justice.

Key-words: Jurisdiction. Arbitration. Consumption relationships.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JURISDIÇÃO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E POLÍTICA DAS SOLUÇÕES DE CONFLITO	14
1.1 JURISDIÇÃO, HISTÓRIA E POLÍTICA.....	14
1.2 DIREITO E JURISDIÇÃO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS OU ARCAICAS	19
1.3 JURISDIÇÃO NAS SOCIEDADES ANTIGAS.....	23
1.3.1 Direito e jurisdição na Mesopotâmia e no Egito.....	24
1.3.2 Direito e jurisdição na Grécia e em Roma	27
1.4 DIREITO E JURISDIÇÃO NA IDADE MÉDIA.....	35
1.5 JURISDIÇÃO NA MODERNIDADE	39
1.6 O MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO E A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA.....	51
2 ARBITRAGEM: ALTERNATIVA PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA	59
2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS.....	59
2.2 A DINÂMICA HISTÓRICA E POLÍTICA DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	64
2.3 ARBITRAGEM E GLOBALIZAÇÃO	74
2.4 A ARBITRAGEM NO BRASIL: UMA APARENTE ANTINOMIA ENTRE A VIABILIDADE E A DESCONFIANÇA	87
2.5 ARBITRAGEM: A RELATIVIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	95
3 RELAÇÕES DE CONSUMO: MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA	104
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	104

3.2	JUSTIFICATIVA HISTÓRICA E POLÍTICA PARA UMA TUTELA ESPECÍFICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	105
3.3	A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A TUTELA DO CONSUMIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO	118
3.4	A TUTELA JURISDICIONAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	130
3.5	ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O ACESSO À JUSTIÇA	142
	CONCLUSÃO	153
	REFERÊNCIAS	158

INTRODUÇÃO

O surgimento do direito e sua evolução estão diretamente ligados ao desenvolvimento das civilizações e suas transformações sociais, políticas e econômicas. Em cada tempo, em cada cultura, conforme a complexidade ou diversidade das relações sociais e os costumes peculiares de cada povo, as sociedades foram formulando e reformulando as indispensáveis normas referenciais de comportamento social, fundamentando-as em novos padrões éticos e axiológicos. Assim, uma ampla variedade de modelos jurídicos foi constituída em diferentes lugares e comunidades.

Os conflitos sociais, por outra via, são imanentes à convivência social. Nesse passo, a jurisdição e a arbitragem se constituíram como os principais mecanismos de acesso à justiça que acompanharam essa longínqua e gradativa evolução da experiência humana no ocidente. As concepções jurídicas atuais destes dois institutos, portanto, derivam não de uma construção simplesmente teórica, formulada *a priori*, mas de uma experiência histórica e milenar da humanidade; são frutos de processos de lutas pelo poder, e estão alicerçadas em perspectivas tanto teóricas quanto pragmáticas, ora conflitantes, ora harmoniosas, mas sempre construtivas.

A partir do século XX, entretanto, um novo modelo de organização social se consolidou. O fortalecimento do capitalismo no plano econômico; o desenvolvimento tecnológico, na dimensão científica; o intercâmbio cultural, na esfera lingüística; a prevalência do Estado Constitucional Democrático de Direito, no ambiente político-jurídico; o surgimento de uma rede comunicacional, instantânea e global, dentre outros fatores, propiciaram a formação das sociedades de massas, promovendo, conseqüentemente, uma profunda modificação na forma de se pensar o direito.

Essa sociedade, estimulada permanente, contínua e incessantemente pela ação midiática, é conhecida como a sociedade de consumo, caracterizada pela potencialização da produção e comercialização de bens e serviços, pela instantaneidade da informação e comunicação, pela virtualização das relações humanas em face do desenvolvimento tecnológico, dentre outras marcas.

O problema é que a intensidade e velocidade com que o fenômeno consumerista se consolidou, em suas diversas manifestações (cultural, econômica,

política e social) está na razão direta do volume de conflitos que passou a gerar. A sociedade de massas é uma sociedade em conflitos, e que exige, cada vez mais soluções rápidas e simples, como pressuposto de sua própria estabilização.

Esse novo modelo de organização social também promoveu uma ruptura do conceito de acesso à justiça até então construído pela humanidade. Então, foi necessário o desenvolvimento de “novos direitos” para a consecução da paz social: o direito das relações de consumo é uma dessas inovações sociais em busca de acesso à justiça.

A construção história e política da jurisdição e da arbitragem como os principais instrumentos de pacificação social, desde a gênese das organizações sociais até a contemporaneidade, e suas aplicações no âmbito das relações de consumo em busca do efetivo acesso à justiça, constitui o cerne desse texto.

Em verdade, a história do direito serve sempre como um apoio para o entendimento didático sobre cada objeto a ser pesquisado (no caso, a jurisdição, a arbitragem e as relações de consumo), porquanto permite que se tenha uma visão panorâmica desses objetos e suas variabilidades em diversas organizações políticas. O historicismo jurídico instrumentaliza ainda o analista para que, a partir desses múltiplos referenciais epistemológicos, possa desenvolver um posicionamento mais crítico acerca dos fenômenos sociais, econômicos e políticos tomados como parâmetro.

Primeiramente, buscando-se a essência da jurisdição, tomar-se-á como referência a perspectiva luhmanniana que segmenta a história do direito em três modelos, iniciando-se pelas sociedades arcaicas ou primitivas, passando pelas civilizações antigas e, culminando, na sociedade moderna e contemporânea.

A jurisdição, nesses três estágios, sempre esteve atrelada ao exercício do poder político, sendo a mais importante forma de solução de conflitos sociais já nos primórdios das organizações comunitárias. A sua origem não está propriamente vinculada ao Estado (uma forma de organização política relativamente recente), mas sim ao exercício do poder político, que primitivamente era titularizado por sacerdotes e chefes tribais de comunidades nômades. Nesse tempo, a noção de acesso à justiça está diretamente ligada à religião e à vontade divina.

O desenvolvimento das primeiras cidades e, posteriormente, a formação dos modelos estatais, acabou por vincular a idéia de jurisdição ao Estado, isto é, a jurisdição passou a ser um instrumento legítimo do exercício do poder

estatal para a pacificação dos conflitos humanos, autorizando-se, inclusive, o uso da força e da violência para a manutenção da indispensável paz social.

Essa perspectiva de acesso à justiça foi construída a partir da experiência de diferentes civilizações que desabrocharam na antigüidade, como a egípcia, a hebraica, a grega e a romana. Cada povo, com suas vivências culturais e sociais, contribuiu para o fortalecimento do fenômeno jurisdicional como o mais adequado mecanismo de solução de conflitos sociais.

A desconstrução do modelo político romano no primeiro milênio da era pós Cristã e, num passo seguinte, o surgimento dos Estados nacionais absolutistas, com a superconcentração dos poderes políticos, deflagraram uma série de mudanças na sociedade ocidental e desencadearam revoluções políticas, econômicas, sociais e culturais, principalmente a partir de meados do segundo milênio.

Com a modernidade e o surgimento do Estado Constitucional de Direito uma nova forma de organizar a sociedade exigiu o remodelamento da concepção de jurisdição, que passou a ser entendida, ao mesmo tempo como poder, função e atividade, concebida e desenvolvida somente dentro do organismo político estatal.

Atualmente, e mais uma vez em decorrência das mutações sociais do último século, as bases fundamentais da jurisdição estatal como instrumento de acesso à justiça estão sofrendo reformulações. A transposição dos limites territoriais pelas relações interpessoais (fenômeno nítido nas relações de consumo) impôs a adaptação do modelo estatal jurisdicional a uma realidade transnacional e comunitária.

Paralelamente à jurisdição, a arbitragem sempre foi um importante instrumento de acesso à justiça. De caráter eminentemente privado, e não propriamente de índole política, a arbitragem já era referenciada como um mecanismo de solução de conflitos nas civilizações hebraica, grega e romana, conseqüência do desenvolvimento econômico e comercial desses povos.

Entretanto, foi com o florescimento do sistema mercantilista a partir da renascença que se percebeu o modelo arbitral de solução de conflitos assumindo um notável papel na Europa medieval, com a formação de tribunais mercantis especializados para a composição de lides entre comerciantes. Ainda, nesse mesmo tempo, verificou-se o desenvolvimento de legislações criadas especificamente para a

regulamentação da arbitragem de conflitos comerciais, com a conseqüente elaboração de princípios próprios desse modelo de solução de conflitos.

Essa dinâmica evolutiva da arbitragem, iniciada na renascença, sofreu um forte abalo com o modelo de Estado Moderno, com a concentração da solução de conflitos nas instituições políticas estatais, canalizando-se para o sistema jurisdicional constitucional todas as vias de acesso à justiça. A arbitragem passou a ser concebida como uma forma alternativa de solução de conflitos.

No Brasil, apesar da existência de uma previsão legislativa específica no texto constitucional, em 1824, além de outras poucas disposições legais extraordinárias durante o período imperial, não se notou a consolidação da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos. A cultura judicializante da sociedade brasileira, com efeito, acabou predominando como o resultado de um processo de fortalecimento acentuado da jurisdição estatal, corolário de uma herança colonial de índole patrimonialista e conservadora.

O processo de globalização a partir do século XX, e os conflitos dele decorrentes, tanto na esfera internacional como no ambiente interno, passaram a exigir formas rápidas e especializadas de composição de lides, tal como propõe a arbitragem. A busca de instrumentos efetivos de acesso à justiça, quando se tratam desses “novos direitos” decorrentes do processo de transformação social global, deve levar em conta a arbitragem no plano das soluções de conflitos, especialmente em se tratando de relações de consumo.

A criação de uma lei específica para a arbitragem no Brasil, a Lei 9.307/96, foi um importante passo para a definitiva recepção desse valioso mecanismo de solução de conflitos. Entretanto, fatores históricos, culturais e políticos, que sempre fortaleceram a jurisdição estatal em prejuízo da busca do sistema privado de composição de lides, se revelam, hoje, como entraves ao desenvolvimento do sistema arbitral de solução de conflitos. Esses mesmos entraves reprimem a expansão da idéia de que a arbitragem é um mecanismo de acesso à justiça tão importante, eficiente e necessário quanto à jurisdição estatal.

Contudo, a prevalência da jurisdição estatal e da idéia de que não há justiça fora do Poder Judiciário, acabou gerando a crise do próprio órgão jurisdicional. O Judiciário, que deveria ser o último bastião do cidadão no sentido garantir a salvaguarda de seus direitos, passou a sofrer com sua própria ineficiência. Nas últimas décadas verificaram-se grandes dificuldades operacionais do sistema

jurisdicional no cumprimento da tarefa de pacificação das demandas, especialmente no âmbito das relações de consumo, que pela sua própria dinâmica acelerada e imediatista, sempre exigiu respostas rápidas e pouco formais.

Parece evidente, nesse cenário, que o modelo de solução de conflitos construído pelo estado moderno setecentista e oitocentista não consegue mais vigorar. Ainda que tecnificado, reformado, melhorado, o modelo de tutela jurisdicional monopolizada pelo Estado sofre com inoperância do próprio organismo político, burocrático e extremamente formalista.

Novas propostas estão sendo cotidianamente apresentadas, e a arbitragem, que permeia os diversos modelos antigos de organizações sociais, é resgatada como importante instrumento de solução de conflitos. Mais: um *adequado* mecanismo de pacificação social e de acesso à justiça.

Em um momento de amplas reformas legislativas no Brasil, tanto na seara material como processual, no qual se privilegia a resolução dos conflitos (em detrimento do atuar repressivo e cominatório do Judiciário), a proposição de novos mecanismos que busquem aumentar a efetividade dos direitos dos jurisdicionados é indispensável. Essa postura inovadora amolda-se à dinâmica econômica e social, globalizada e urgente, tal como se verifica do próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), mais atento à realidade e às necessidades da sociedade.

O CDC se estrutura sob as premissas das sociedades de massa de um mundo globalizado. Contém referenciais hermenêuticos que estruturam o sistema de proteção ao consumidor e autorizam a implementação de instrumentos alternativos de solução de conflitos, como proposta de promoção de acesso à justiça, o que não significa dizer, necessariamente, acesso ao Judiciário.

Evidentemente, não há efetividade ou dinamismo processual globalizado que justifique a ofensa a direitos e garantias fundamentais. Dizer da possibilidade de promover a solução de querelas, de maneira rápida e eficiente no âmbito privatista da arbitragem das relações de consumo não significa superar as premissas humanitárias conquistadas e esculpidas em textos constitucionais.

A adequação ou internalização de uma nova ordem jurídica de caráter globalizado deve respeitar, em qualquer tempo, em qualquer lugar, os direitos e garantias fundamentais tutelados pela ordem jurídica instituída pelo Estado Constitucional Democrático de Direito.

Esse estudo pretende construir, pela metodologia histórico-dedutiva, a dinâmica da jurisdição, da arbitragem e das relações de consumo, identificando os mais relevantes caminhos de promoção e acesso à justiça para a proteção e defesa do consumidor no Estado Democrático de direito brasileiro hodierno.

1 JURISDIÇÃO: PERSPECTIVA HISTÓRICA E POLÍTICA DAS SOLUÇÕES DE CONFLITOS

1.1 JURISDIÇÃO, HISTÓRIA E POLÍTICA

A noção de jurisdição¹ vem sofrendo mutações desde as suas primeiras formulações teóricas, a partir da evolução da sociedade e da ciência. Contudo, muito antes da construção dogmática de uma teoria ou de propostas de elaboração de um conceito ou de uma definição² de jurisdição, deve-se referenciar que o fenômeno jurisdicional como mecanismo de composição de conflitos sempre esteve associado ao exercício do poder³, visando assegurar a pacificação social.

É impossível conhecer com profundidade um fenômeno ou um instituto jurídico, como a jurisdição, desenvolver o seu conceito ou a análise de suas categorias sem associá-los a contextos históricos e políticos⁴. Daí porque se explica as variações da própria noção de jurisdição, considerando as diferentes organizações sociais, políticas e econômicas em que o fenômeno jurisdicional foi aplicado e estudado.

Com efeito, o fenômeno jurídico é sempre contingente, local, e está necessariamente vinculado a um determinado *ambiente* histórico-cultural⁵. Segundo NEVES (2008, pp. 9 e 10):

¹ A palavra *jurisdição* deriva da expressão latina *jurisdictio*, significando o poder de dizer o direito, ditar a regra de conduta em face de um conflito posto em julgamento.

² Para Bellinetti (1997, p. 14) “conceituar um objeto significa capturar-lhe a essência, dizer o que é, enquanto que definir o objeto significa incluí-lo em uma classe, pela determinação das condições sobre as quais o objeto por definir se identifica com os demais elementos da referida classe.” E, citando Jacques Maritain complementa que “o conceito (ou idéia) é por conseguinte o que o espírito produz ou exprime em si mesmo, e em que ele atinge ou aprende uma coisa.(...) A definição é um conceito complexo ou uma locução que expõe o que uma coisa é ou o que significa um nome.”

³ Bellinetti (1997) quando discorre sobre as diversas concepções de *poder* no âmbito da ciência política, descreve didaticamente diferentes e importantes noções de poder. Inicia a partir de Max Weber, que define o poder como a possibilidade de impor a própria vontade ao comportamento alheio. Em seguida, lembra a ressalva de Hannah Arendt, para quem o poder deve ser concebido no contexto da comunicação livre de violência. Adita também a observação de Talcott Parsons que vislumbra o poder como a capacidade que tem um sistema de mobilizar recursos para atingir objetivos. Chega então a Foucault, que revelou aos estudiosos de ciência política que o poder se encontra pulverizado por todo o corpo social, e que o seu exercício implica em se saber aglutinar as suas várias partículas. Finalmente, menciona Jean Baudrillard, que fez a insólita afirmação de ser o poder algo ontologicamente vazio, um espaço perspectivo de simulação, que deveria ser preenchido por aqueles que pretendem exercê-lo.

⁴ Segundo Miguel Reale (1963, p. 64): “Não há dúvida que a compreensão histórica ou até mesmo historicista do problema da pessoa abre perspectivas novas, não só pela necessidade de ter-se presente o caráter de temporalidade que lhe é inerente, mas também porque passa a ser situado com todas as suas implicações, isto é, como um problema inseparável da nota de *socialidade* que não lhe é menos essencial. Pessoa, sociedade e história surgem, assim, como conceitos correlatos, numa concreção dialética que torna impossível a compreensão de um elemento com olvido dos dois outros.”

⁵ Nesse sentido, a História do Direito propicia ao analista os referenciais indispensáveis para a análise de qualquer instituto jurídico, instituindo paradigmas espaciais, temporais, lingüísticos, culturais, para uma adequada

Gizlene Neder destaca que a aproximação de história e direito deve privilegiar métodos de ambos, analisadores das normas jurídicas ao acontecer social e promover um recorte em sua conjuntura histórica determinada, possibilitadora da visão dos mecanismos de estruturação e de movimentação das normas. Visualiza dois caminhos metodológicos, sendo que o primeiro utiliza a ótica dos efeitos e integração das conjunturas histórica nas transformações do direito (e vice-versa), que, a partir da historiografia escrita, permitiria um inventário a ser confrontado com a história do direito, no sentido tradicional. O outro caminho encetado, entendido pela autora (também por nós) como o mais correto, é a percepção da história social do Direito, quando se apresenta como um produto participante da dinâmica social.

Tomando como referência a relação entre história da humanidade e o direito, Luhmann (1983, pp. 184 e 185) atribuiu ao direito uma classificação que o divide em três estilos ou modelos, valendo-se de um critério cultural e sistêmico, e não puramente cronológico: trata-se do direito arcaico, do direito antigo e do direito moderno⁶. O primeiro diz respeito aos povos que, ainda sem o domínio da escrita, tinham os costumes e tradições como fonte única de direito; o segundo, que se verificou principalmente com as primeiras organizações políticas estatais, vale-se da escrita como forma de comunicar a ordem jurídica; e o terceiro, baseia-se no modelo de direito positivo, a exemplo dos Códigos e Constituições.

Importa referenciar que um modelo não exclui necessariamente o outro. O critério utilizado pelo sociológico não foi puramente cronológico, mas cultural e sistêmico, ou seja, as categorias levam em consideração a cultura dos povos e os sistemas de organização e de solução de conflitos adotados em diferentes organizações políticas e sociais. Daí a conclusão final de que, ainda hoje, na sociedade contemporânea é possível a verificação da coexistência dos estilos de

hermenêutica. De acordo com o ensino de Hespanha (1998, p. 15): "(...) a História do Direito é, de facto, um saber formativo, mas de uma maneira que é diferente daquela em que o são a maioria das disciplinas dogmáticas que constituem os cursos jurídicos. (...) Enquanto que as últimas visam criar certezas acerca do direito vigente, a missão da História do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o *racional, o necessário, o definitivo*. (...) A História do Direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre *locais*."

⁶ Segundo Luhmann (1983, pp. 184 e 185) o primeiro estilo, o direito primitivo ou arcaico, se definiu com o surgimento das primeiras formas comunitárias e foi marcado pelo direito consuetudinário, antes mesmo do surgimento da escrita. O segundo, o direito antigo, surgiu com as primeiras civilizações urbanas, e se expandiu por toda sociedade antiga, principalmente as sociedades mesopotâmica, hebraica, egípcia, grega e romana. É caracterizado pela introdução da escrita e sistematização de um sistema jurídico próprio, além da ética, da política e da religião. E o último, o direito moderno, emergiu com as Revoluções Liberais e se estende até a atualidade, referenciado pela introdução do modelo positivista e constitucionalista, a partir do século XVII até o Estado Democrático de Direito, reformulado pelas consideráveis mudanças sociais do século XX e XXI.

direito primitivo⁷ ou arcaico⁸, antigo e moderno, desde que presentes as características que definem esse tipo de sociedade em determinado núcleo social. Nas palavras de LUHMANN (1983, pp. 184 e 185):

A perspectiva histórica e a da comparação cultural se deparam com a ampla variedade e multiplicidade de forma que o direito assume. A diversidade da origem e das etapas da formação do direito que alcançam o impenetrável desconhecido histórico, exclui a hipótese de uma única causa ou constelação de causas do direito. Todas as sociedades humanas, ao longo da história conhecida, atuaram de forma “equifinal” por sempre gerarem direito, se bem que com diferentes concepções normativas, instituições, interesses divergentes, procedimentos, e ainda entrelaçamentos muito distintos com as estruturas sociais extrajurídicas. (...) Podemos satisfazer-nos com uma divisão grosseira, distinguindo apenas se já existe uma diferenciação de processos decisórios de cunho jurídico e se eles se referem apenas à aplicação do direito ou também à legislação. Essas diferenças marcantes caracterizam conquistas evolutivamente improváveis, cuja estabilização praticamente altera toda a problemática do direito. Nesse sentido distinguimos o direito arcaico, o direito das altas culturas antigas e o direito positivo da sociedade moderna. O decisivo nessa distinção é o grau relativo de desenvolvimento, e não a ocorrência cronológica objetiva, de tal forma que mesmo sistemas sociais contemporâneos podem ser considerados arcaicos ou cultivados se apresentarem as características correspondentes.

O ponto comum de todos esses momentos históricos, de cada um dos estilos ou modelos de direito, é a existência de mecanismos de solução de conflitos intersubjetivos⁹ imanentes ao próprio agrupamento social e a constante

⁷ A propósito, acerca da classificação utilizada (“direito arcaico” para alguns, e “direito primitivo” para outros, uma variante comumente encontrada nos estudos históricos do direito), Gilissen (2001, pp. 32 e 33) registra que: “Durante muito tempo deu-se o nome de ‘direitos primitivos’ aos sistemas jurídicos dos povos sem escrita. Esta expressão não é de modo algum adequada, pois numerosos povos conheceram uma longa evolução da sua vida social e jurídica sem terem atingido o estado cultural da escrita; tal foi o caso, por exemplo, dos Maias e dos Incas na América. A maior parte dos povos cuja vida social se pode hoje observar ou se pôde observar no decurso do século XIX já não são primitivos. (...) A expressão ‘direitos arcaicos’ é mais vasta que ‘direitos primitivos’ porque ela permite cobrir sistemas sociais e jurídicos de níveis muito diferentes na evolução geral do direito. (...) Embora não a afastando de todo, preferimos-lhe a expressão ‘direitos dos povos sem escrita’, o que acentua o que distingue mais nitidamente este sistema jurídico de outros, ou seja, a ignorância da escrita; mas não se pode perder de vista que o nível da evolução jurídica de certos povos que se servem da escrita pode ser menos desenvolvido do que o de certos povos sem escrita.”

⁸ O arcaicismo é facilmente identificado em comunidades atuais. Antonio Carlos Wolkmer (2007a, p. 02), referenciando Gilissen, registra: “Certamente que a pesquisa dos sistemas legais das populações sem escrita não se reduz à explicação dos primórdios históricos do direito, mas evidencia, sobretudo, um enorme interesse em curso, porquanto ‘milhares de homens vivem ainda atualmente, na segunda metade do século XX, de acordo com direitos a que chamamos *arcaicos* ou *primitivos*. As civilizações mais arcaicas continuam a ser as dos aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos povos da Papuásia ou de Bornéu, de certos povos índios da Amazônia no Brasil.”

⁹ Della Torre (1973, p. 81) ensina que “a competição é processo social inconsciente, impessoal e contínuo, visando à conquista de coisas concretas. O conflito é também uma luta, só que consciente, pessoal, intermitente, emocional, implicando violência ou ameaça de violência. Visa à manutenção ou mudança do *status* social vigente. Os adversários em conflito estão conscientes de suas divergências, havendo entre eles rivalidade, antipatias, ódios e críticas de forte tonalidade emotiva. (...) Podemos generalizar dizendo que sempre almejamos *status* superiores àqueles que ocupamos, nunca inferiores. Quando, nessas conquistas, os indivíduos ou grupos encontram obstáculos dificultando-lhes a ascensão, pode surgir o conflito. (...) Para Simmel é praticamente impossível existirem grupos livres de conflitos, grupos que seriam inteiramente harmoniosos. A sociedade exige para a sua formação e desenvolvimento tanto processos associativos como dissociativos.”

preocupação das dessemelhantes comunidades no desenvolvimento de propostas pacificadoras.

Destarte, se o exercício do poder para garantir a pacífica coexistência humana é elemento indissociável dos agrupamentos políticos, a jurisdição também o é. Examinando-se a jurisdição a partir de sua concepção mais abrangente, ou seja, como a capacidade, o poder ou o mecanismo de composição de conflitos sociais, verificam-se as diversas opções políticas das sociedades ao longo da história para promoção da pacificação social.

Há um determinado referencial para a idéia de jurisdição nas sociedades primitivas ou arcaicas; outro paradigma do fenômeno jurisdicional elaborado nas sociedades antigas; e um novo modelo se estabelece na modernidade. Mas em todas essas experiências, o referencial do conceito de jurisdição sempre esteve associado à idéia de um mecanismo ou um instrumento de solução de conflitos. Ora associado à entidade sacerdotal, ora ao Estado, ora compartilhado, a noção de jurisdição vinculou-se, sempre, ao sujeito exercente do poder.

Entende-se comumente que buscar o conceito de um objeto é capturar a sua essência. Assim, o foco para se estabelecer um conceito de jurisdição não deve ser ajustado tomando-se como referência apenas o ente pacificador, mas sim (e principalmente) os sujeitos pacificados. As experiências do século XX demonstraram, com efeito, a necessidade de aproximação do conceito de jurisdição à noção de promoção do acesso à justiça e não apenas de pacificação social¹⁰. Isto é, no Estado Democrático de Direito “dizer o direito” passou a ter um verdadeiro significado quando o que “se diz” é compreendido e respeitado pelo interessado,

¹⁰ Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 21) “um grito de alerta foi dado pelos juristas-pensadores engajados no movimento que se intitulou *Projeto Florença*, que foi o berço da mais notável guinada metodológica da ciência processual em todos os tempos. As primeiras palavras escritas pelo revolucionário Mauro Capelletti no estudo preliminar sobre essa iniciativa são um repúdio ao positivismo jurídico, ao proclamarem que ‘nenhum aspecto dos modernos sistemas legais está a salvo da crítica’. A grande lição a ser extraída da obra de Capelletti é a de que o *acesso à justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo *um princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. (...) A adoção dessa premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, sem receber um culto fetichista que desfigura o sistema. Manda também que sejam interpretados sistematicamente e em consonância com os valores vigentes ao tempo da interpretação. Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também, é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis.”

garantindo-se assim a concretização de valores abstratamente previstos em textos constitucionais.

A ordem jurídica justa não é meramente abstração da ciência do direito, mas uma realidade concreta, e deve ser compreendida como direito do jurisdicionado. Assim, a função jurisdicional da atualidade, e considerando a realidade histórica e política da sociedade atual, vai além do mero exercício de poder para a promoção da paz entre as partes litigantes. A decisão judicial não é suficiente ou bastante em si mesma, e se não for compreendida e respeitada pela parte interessada não atinge a sua verdadeira função de concretização de valores no ambiente social.

Essa modificação de paradigma é bem perceptível no âmbito das relações de consumo e muito considerada pela legislação que tenta regulamentar essa nova dinâmica social e econômica¹¹.

Tanto a jurisdição estatal quanto a arbitragem, os principais mecanismos de solução de conflitos e de pacificação social que se constituíram ao longo da história, têm se amoldado às constantes transformações sociais, políticas e econômicas, legitimadas a partir de novas fontes, assumindo novas características, em busca de seus fins últimos: a promoção do acesso à justiça.

Nesse sentido, a análise, ainda que perfunctória, da jornada histórica dos modelos referenciais de organizações sociais e políticas do ocidente, e as conseqüentes diferenças entre os instrumentos de pacificação que cada povo elegeu, em cada época, é premissa indispensável para a melhor compreensão do momento atual e para a busca de novas soluções.

Ora, se a história hodierna registra processos de transformações, de mutações ainda mais aceleradas e de uma postura crítica em relação às concepções jurídicas cunhadas na modernidade, as noções de jurisdição e de arbitragem, como

¹¹ Para Teori Albino Zavascki (2009, pp. 27 e 28) “nos países da *civil law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos anos 70 do século XX. O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas conseqüências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias. (...) Tomou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interessados atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade.”

mecanismos de soluções de conflitos e acesso à justiça, não podem escapar a essa análise.

A principiar pela jurisdição, a construção histórica de sua dinâmica social e política, como fruto do exercício e da manifestação do poder é premissa para a compreensão do atual estágio de transformação por que passa o fenômeno jurisdicional.

1.2 DIREITO E JURISDIÇÃO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS OU ARCAICAS

Desde a primitividade, antes do surgimento da escrita, os homens já conviviam em agrupamentos sociais, ainda que precariamente organizados, o que equivale a dizer da existência de uma ordem jurídica e, portanto, de uma pré-história do direito – em que pese a carência de documentação científica para apoiar proposições conclusivas nesse sentido¹².

As razões da formação dos agrupamentos humanos são objeto de estudo dos mais diferentes ramos das ciências humanas, especialmente da antropologia, da sociologia, das ciências políticas, da filosofia, da psicologia. Já a criação de regras de conduta para garantir a coexistência pacífica e permanente das primeiras comunidades é um fenômeno ínsito ao direito. Nas palavras de ALTAVILA (1989, p. 13):

Desde que o homem *sentiu* a existência do direito, começou a converter em leis as necessidades sociais. Para trás havia ficado a era da força física e da artilosidade, com as quais se defendera na caverna e nas primeiras organizações gregárias. Agora o aspecto das coisas já era diferente: a própria natureza se ataviara, para o gáudio dos seus sentidos. E a sensação do justo e do eqüitativo se infiltrava pelas frinchas do seu espírito. Uma noção inusitada do procedimento humano se distendia para dentro do seu ser, promanada do desconhecido e do mistério da criação.

As sociedades primitivas e arcaicas adotavam a ética familiar¹³, o parentesco entre os indivíduos e o temor das crenças religiosas como princípios de

¹² John Gilissen é enfático: “*As origens do direito situam-se na época pré-histórica, o que quer dizer que delas não se sabe nada.*” (2001, p. 30).

¹³ Fábio Konder Comparato (2006, p. 50) anota: “A compreensão do mundo antigo passa, necessariamente, pelo reconhecimento de que a religião comanda a vida inteira das pessoas, do nascimento à morte. Ela domina a vida familiar, assim como a vida da cidade, fora do lar doméstico. Família e cidade, com efeito, foram os dois grandes pólos formadores da sociedade antiga. (...) O vínculo familiar dos povos antigos que deram origem à civilização greco-latina, (...), fundou-se não na natureza – o nascimento, a força física masculina, ou os sentimentos maternos – mas sim, fundamentalmente, na religião. Era a comunhão no culto doméstico que unia os membros da mesma família, e não os laços de sangue. Pela cerimônia religiosa do casamento, a mulher deixava a sua família de origem e passava a integrar a do marido. Em contraste, o filho emancipado já não se considerava

organização dos grupos sociais. Essas sociedades, fortemente influenciadas pela religião, constituíram um direito subordinado a ritualismos simbólicos e às forças das divindades, por meio de revelações sobrenaturais e manifestações sacerdotais¹⁴.

A transmissão das regras nas sociedades regidas pelo direito arcaico era oral, uma vez que as comunidades, nesse momento histórico e em sua maioria, não detinham o conhecimento da escrita. As práticas primárias de controle, ainda assim, constituíam-se verdadeiras leis, marcadas por revelações sagradas e proferidas pelos chefes de tribos (famílias) ou de clãs (comunidades) cuja legitimidade era garantida pela classe sacerdotal.

O direito surgiu, com efeito, como garantia do controle social, extremamente rígido para a imposição e respeito das normas. O ritualismo e formalismo sacerdotal¹⁵ eram os principais referenciais de legitimação da ordem jurídica. Para CARNOY (2000, p. 20):

[...], durante um longo período da história a lei divina definiu as relações entre indivíduos, inclusive quem os governava e como eles deveriam ser governados. A lei divina vinha de uma autoridade superior, uma força sobre-humana, que estava acima e além da compreensão e controle do indivíduo e, mais ainda, dentro de cada pessoa, dando-lhe a possibilidade de uma compreensão e de um conhecimento completo. A autoridade derivada das interpretações dessa lei, interpretações definidas pela hierarquia das instituições religiosas organizadas e pela luta dentro da própria hierarquia política.

Assim, pode-se estabelecer, com relativa tranquilidade, uma estreita (senão sobreposta) relação entre o exercício do poder e a religião nas sociedades primitivas ou arcaicas, na medida em que os conflitos eram resolvidos pelos

membro da família, ao passo que o adotado nela se incluía, pois enquanto o primeiro era liberado do culto ao deus lar, o outro dele participava em igualdade de condições com os filhos de sangue. É assim que a religião explica o caráter patriarcal da família antiga.”

¹⁴ De acordo com Luhmann (1983, p. 184): “As sociedades do tipo arcaico – e entre elas compreendemos também as sociedades “primitivas” ainda existentes que apresentem as características correspondentes – fundamentam-se em princípio de parentesco. A partir daí ocorrem graus distintos de influência sobre a superação de disputas jurídicas, mas nenhuma competência de decisão jurídica surge independentemente do parentesco. Inicialmente todas as funções encontram sua base natural, sua sustentação social e sua legitimação na proximidade do parentesco. Isso é válido para as funções econômicas do auxílio mútuo e da compensação de necessidades, para o poder político e até mesmo, no início, para as funções mágico-religiosas”. Esses fatores propiciaram o desenvolvimento de um direito baseado nas crenças desses povos e, ainda, nos costumes que se formavam através de práticas repetidas e aceitas ao longo do tempo.

¹⁵ Nessa primeira fase de organização social humana não há uma nítida diferenciação entre o jurídico, o ético e o religioso. A revelação divina é a única orientação do direito e da ética nessas sociedades. Gilissen (2001, p. 35) escreve que: “Nas sociedades arcaicas, o direito está ainda fortemente impregnado de religião. A distinção entre a regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais. Estes tipos de sociedades são caracterizados pelo que se chama a sua ‘indiferenciação’, ou seja, as diversas funções sociais que nós distinguimos nas sociedades evoluídas – religião, moral, direito, etc. – estão aí confundidas.”

sacerdotes, segundo as concepções tradicionais dos povos. Como destaca WOLKMER (2007a, p. 03):

[...] num tempo em que inexistiam legislações escritas e códigos formais, as práticas primárias de controle são transmitidas oralmente, marcadas por revelações sagradas e divinas. Distintivamente da ênfase atribuída à família feita por Fustel de Coulanges, H. Summer Maine entende que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído das sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com o que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado.

Nesse momento primevo da humanidade, a base da organização social era a família, e era no contexto familiar que o fenômeno jurisdicional se manifestava. As relações ético-sociais e, portanto, também as relações jurídicas eram de ordem exclusivamente parental, daí porque os referenciais históricos são de comunidades patriarcais, em que o exercente do poder era o homem, ou matriarcais, quando o poder era exercido pela mulher.

Essa característica da indissociabilidade entre as dimensões ética, religiosa e jurídica da sociedade foi a marca de diversas comunidades, a exemplo da sociedade hebraica, em sua primeira fase patriarcal¹⁶, registrada nos escritos bíblicos. A organização comunitária, nos primórdios daquela civilização errante, ocorreu somente pela revelação divina. A épica trajetória da saga mosaica do Egito à Palestina, descrita posteriormente nos primeiros livros da Bíblia Hebraica e do Velho Testamento, é uma importante referência desse modelo ou estilo de direito primitivo, oral, consuetudinário e sagrado¹⁷. Com efeito, os escritos religiosos mencionados (tanto a Bíblia Hebraica quanto o Velho Testamento da Bíblia Cristã) foram transmitidos e conservados até os dias atuais por causa de sua sacralidade.

Outras sociedades, nesse período primitivo, também associaram o exercício do poder político e jurisdicional às relações de parentesco e crenças

¹⁶ Nesse período patriarcal dos hebreus, compreendido entre os séculos XXI a XVI a.C., a família era base de todas as relações e normas. Todo o poder, nesse momento histórico, era centralizado na figura do líder de cada clã, o patriarca, que exercia todas as funções, privadas e públicas, inclusive a de juiz, seguindo sempre o princípio da responsabilidade coletiva, segundo o qual as ações de um único indivíduo afetava todo o grupo em que vivia.

¹⁷ Narra a Bíblia que após aproximadamente dois séculos mantidos como escravos no Egito, os israelitas foram libertados por Moisés, sob os auspícios de uma orientação divina. Retomaram, então, o caminho para Canaã, fato histórico denominado Êxodo, tendo Moisés como líder e legislador, marcando a transição entre o período *patriarcado* e *confederações*, situado entre os séculos XVI a XII a.C.

religiosas. Os gregos e romanos, e mesmo os povos mesopotâmicos, até o advento da escrita, tinham uma forma arcaica de organização política.

Os historicistas do direito grego e do direito romano¹⁸ registram que, antes das formações políticas mais conhecidas dessas civilizações, as comunidades observavam esse modelo de organização primitiva, denominando-a de família patriarcal ou matriarcal.

Olney Queiroz Assis, Vitor Frederico Kümpel e Ana Elisa Spaolonzi ensinam que a organização comunitária foi a base da estrutura social grega, até pelo menos o século VI a.C., quando os agrupamentos começaram a construir cidadelas ou fortalezas para a garantia de suas próprias defesas, iniciando o processo de desenvolvimento das cidades como sedes dos governos das comunidades naquela região¹⁹. Quando tratam do período homérico da civilização grega, ASSIS (2010, pp. 28 e 29) registra que:

Uma importante consequência da invasão dos dórios foi o revigoramento da economia do tipo comunitária primitiva. Em virtude do desaparecimento da vida urbana e da diáspora provocadas pela invasão, a população urbana voltou a se organizar em pequenas comunidades autônomas (*génos*). (...) O *génos* era, nos seus primeiros momentos, uma grande família, a propriedade da terra era coletiva e praticava-se uma economia autossuficiente de subsistência, quase exclusivamente agropastoril. (...) No *génos*, o poder de estabelecer o equilíbrio social estava dominado pelo elemento organizador, fundado no princípio do parentesco (as pessoas simplesmente eram parentes) e pela ausência de alternativas (já estavam determinados os graus de parentesco e a proximidade ou a distância do parentesco). A solidariedade, vinculada ao princípio de parentesco, orientava a conduta dos indivíduos no sentido da ajuda mútua. Assim, solidariedade e parentesco constituíam a base do direito genílico.

A seguir, complementa ASSIS (2010, pp. 28 e 29):

¹⁸ Segundo Jenny Magnani de O. Nogueira (2007, pp. 105 e 106) “A família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna. Fustel de Coulanges baseia a sua análise no reconhecimento de que as instituições antigas eram consequência de suas crenças religiosas que as marcaram fortemente. (...) A comparação entre crenças e leis mostra que as famílias gregas e romanas foram constituídas e influenciadas por religiões primitivas que estabeleceram o casamento, a autoridade paterna, determinando a linha de parentesco, o direito de propriedade e de sucessão. Tendo sido a religião a formadora e conformadora da família enquanto instituição, acabou por exercer influência na concepção e organização das cidades, interferindo em seu governo e, portanto, no princípio da autoridade dela emanado.”

¹⁹ Segundo os autores em referência, essa fase compreende, na história da civilização grega, os períodos históricos denominados período pré-homérico (antes do século XII a.C.), o período homérico (Séculos XII ao IX a.C.) e os primórdios do período arcaico (séculos VIII ao VI a.C.), quando surgem as primeiras cidades-estado, e modificam-se substancialmente as estruturas políticas e de exercício de poder na civilização grega (2010, pp. 17 e 18).

Ao longo do período homérico e nos primeiros tempos do período arcaico vigorava na sociedade grega um direito de caráter divino, cujas leis (costumes) teriam sido reveladas pelos deuses aos antepassados que as transferiram para as gerações seguintes. Homero fala desse direito quando diz que Zeus dava aos senhores patriarcas “cetros e *themis*”. *Themis* etimologicamente significa ‘lei’. Os senhores patriarcais julgavam de acordo com a lei proveniente de Zeus, cujas normas criavam livremente. *Themis* era um direito específico aplicado ao espaço privado, a morada da família, onde prevalecia o domínio do senhor (chefe de família, patriarca ou *despotes*).

Assim também ocorreu na primeira fase da organização social romana, na qual o exercício do poder político se concretizava no espaço privado chamado *domus*²⁰, ocupado pelos patriarcas familiares, legitimados pela sacralidade da tradição e o culto aos antepassados²¹.

Em síntese, a marca desse período chamado de direito primitivo ou arcaico é a estreita relação entre poder, direito e religião. Se não há, especificamente, a menção ao exercício de um poder efetivamente jurisdicional, não é equívoco dizer que as decisões inerentes à solução de conflitos dessa época se legitimavam pela autoridade divina propugnada pelos exercentes do poder político de então, cenário que acaba se modificando a partir do advento e consolidação da escrita, o surgimento das cidades e o desenvolvimento do comércio, no III milênio da era pré-Cristã.

1.3 JURISDIÇÃO NAS SOCIEDADES ANTIGAS

A transformação gradual e progressiva da sociedade, o aumento da complexidade das relações intersubjetivas, o surgimento da escrita, o desenvolvimento das cidades, assim como a consolidação do comércio e da economia monetária, foram os fatores determinantes para a ruptura com o primeiro

²⁰ A expressão *domus* está relacionada com o ambiente familiar, privado, parental, donde a origem da palavra *doméstico*.

²¹ Religião e tradição são, nos primeiros tempos da organização social romana, assim como na helênica e na hebraica, fundamentos de legitimidade do exercício do poder e, portanto, de solução de conflitos. De acordo com Assis (2009, p. 19 e 20): “Em Roma, a força coercitiva da autoridade está intimamente ligada à força coercitiva dos auspícios, que revela a aprovação ou desaprovação divina das decisões tomadas pelos homens. Na convivência dos deuses com os homens, aqueles têm, sobre estes, mais autoridade do que poder, uma vez que não os guiam nem se impõem, mas apenas aprovam ou desaprovam as ações humanas. Os exemplos e os feitos dos antepassados e o costume desenvolvido a partir deles são sempre coercitivos, de modo que os acontecimentos adquirem o *status* de uma *actoritas maiorum*, significando um exemplo autorizador dos antepassados, isto é, um modelo autoritário adequado ao comportamento efetivo e aos padrões políticos, jurídicos e morais.”

estilo de direito (primitivo ou arcaico) e a transposição para o segundo modelo de direito na história: o direito antigo.

A sociedade primitiva, fechada, familiar, com forte influência mística e religiosa, aos poucos, foi cedendo e dando lugar a uma sociedade mais evoluída, complexa, mais organizada e com novos desafios. O aumento populacional nas cidades impôs a necessidade da formação de órgãos repressivos de controle social, promovendo o desenvolvimento de estruturas de soluções de conflitos.

Os principais referenciais desse “novo” modelo organizacional (social, político e jurídico), no ocidente, são as sociedades mesopotâmicas, egípcia, grega e romana²².

1.3.1 Direito e jurisdição na Mesopotâmia e no Egito

As primeiras manifestações dessa nova fase do direito ocorreram na Mesopotâmia e no Egito. Interessante é verificar que o direito se desenvolveu nessas duas regiões de forma autônoma, mas concomitante.

Diversos fatores comuns desencadearam o desenvolvimento simultâneo dessas duas regiões - um deles foi a localização. Tanto a Mesopotâmia quanto o Egito estão próximos a importantes bacias hidrográficas, mais especificadamente, os rios Tigre e Eufrates (Mesopotâmia) e o Rio Nilo (Egito), o que permitiu a sedentarização populacional, o desenvolvimento técnico agrícola pastoril e o desenvolvimento comercial, com a utilização da navegação para escoamento da produção.

Ambas as regiões adotaram a monarquia como forma de governo. No Egito, o poder era centralizado em faraó, que pela crença da imortalidade, consagrada nessa sociedade, era considerado o próprio Deus, e dele emanavam as leis, essencialmente divinas. Em contrapartida, a Mesopotâmia teve seu território dividido em pequenas organizações políticas independentes, ou seja, o poder e as

²² John Gilissen anota que (2001, p. 51) “Os mais antigos documentos escritos de natureza jurídica aparecem nos finais do 4º ou começo do 5º milênio, isto é, cerca do ano 3000 antes da nossa era, por um lado do Egito, por outro na Mesopotâmia. Pode seguir-se a evolução do direito nestas duas regiões durante toda a antigüidade. No 2º milênio, as regiões limítrofes acordam também para a história do direito: o Elam, o país dos Hititas, a Fenícia, Israel, Creta, a Grécia. No primeiro milênio, a Grécia e Roma dominam, até que quase todos estes países sejam reunidos no Império Romano, durante os cinco primeiros séculos da nossa era. Mais a oriente, a Índia e a China conhecem também o nascimento dos seus sistemas jurídicos nesta época”.

crenças foram fragmentados; o rei, exercente do poder político, era representante de Deus, e ao receber as leis por revelação divina, as transmitia aos súditos.

O aumento da complexidade das relações sociais na Mesopotâmia e no Egito também promoveu o desenvolvimento da escrita, principalmente a partir do terceiro milênio antes de Cristo, o que se deu pelos hieróglifos e pela escrita cuneiforme.

Toda essa modificação social resultou no aprimoramento do direito e da jurisdição nessas duas regiões. Embora ainda justificado por revelações divinas, o direito passou a ser escrito, com normas de caráter abstrato, de índole eminentemente pública, mas que alcançavam o campo privado e proporcionavam previsibilidade das resoluções, além de ser aplicado em um amplo território, adquirindo um caráter de singularidade. A composição das controvérsias surgidas a partir de então, tanto no Egito como na Mesopotâmia, passaram a ser resolvidas por órgãos específicos, nos termos de normatizações previamente estabelecidas pelos exercentes do poder político.

Gilissen (2001, p. 54) registra que no Egito, entre os séculos XXVIII e XXV a.C.:

Os tribunais são organizados pelo Rei. O processo é escrito, pelo menos parcialmente; junto de cada tribunal está instalada uma chancelaria, encarregada da conservação dos actos judiciais e dos registros do estado civil. (...) A lei teria sido a principal fonte de direito (ainda que não se tenham encontrado quaisquer exemplos dela); teria suplantado os costumes. É promulgada pelo rei, depois do parecer de um "Conselho de legislação".

Na Mesopotâmia, o principal referencial do direito dos povos sumérios²³ é, com efeito, o Código de Hamurabi²⁴, uma pedra de diorito, de 2,25 metros de altura e de 1,90 metros de circunferência na base. O código contendo um

²³ O primeiro código de normas escrito foi promulgado pelo rei Ur-Nammu, da Suméria, aproximadamente no ano 2000 a.C., após a recuperação do império sumério que havia sido dominado pelos acádios, e recebeu o seu próprio nome (Código de Ur-Nammu). O seu conteúdo era formado por normas predominantemente de natureza penal. Através deste código, estudiosos constataram que a sociedade da época era dividida em três classes: homens livres, homens com a liberdade limitada (funcionários de palácios e templos) e os escravos. Posteriormente, na região da Acádia, em 1934 a.C., aproximadamente, na Cidade de Eshnunna, um Código mais completo e também mais extenso foi promulgado. Com 60 artigos, o Código de Eshnunna também trazia em seu conteúdo normas de natureza penal, mas se diferenciou do primeiro pelas normas de responsabilidade civil e referentes ao direito de família contidas.

²⁴ Somente 300 anos depois, em 1.694 a.C., é que o Código de Hammurabi foi promulgado. Pela densidade, detalhes e abrangência de seu conteúdo, tratado em 282 artigos, o referido instrumento legislativo constituiu uma junção de normas antes expressas em outros documentos e decisões casuísticas. Esse monumento histórico foi descoberto em 1.901 na Pérsia, e atualmente pode ser admirado no Museu do Louvre, em Paris, no Departamento de Antiguidades Orientais.

texto de 3.600 linhas foi um dos mais importantes documentos jurídicos das sociedades antigas, não apenas em razão de sua conhecida Lei de Talião²⁵ (a expressão máxima da prevalência do poder pela violência, eternizada pelo adágio “olho por olho, dente por dente”), mas especialmente porque dividiu as regras segundo determinados e específicos temas que representam valores cultuados por aquela sociedade²⁶.

No que tange ao exercício jurisdição, em específico nos povos da Mesopotâmia, Cristiano Paixão de Araújo Pinto (2007, pp. 31 e 32) registra que:

(...) como se davam os *processos de aplicação do direito*? A resposta é proporcionada pela subsistência de milhares de documentos escritos, conservados sob a forma de tabletas de argila ou de cilindros de pedra, que reproduzem decisões judiciais tomadas em casos concretos. Mesmo no período de maior centralização do poder político – auge dos impérios sumério, acádio babilônico, assírio e neobabilônico –, não se formou, nas cidades da Mesopotâmia, uma estrutura burocrático-profissional nos moldes existentes no Egito antigo. Havia, isso sim, funcionários do palácio real e sacerdotes locais, que auxiliavam o soberano na aplicação do direito. Mas em regra, os juízes eram nomeados pelo próprio monarca, que poderia, igualmente, ser instado para decidir, em grau de recurso, determinada causa existente no reino.

O autor supracitado também faz menção à sociedade egípcia. Igualmente desenvolvida no período em referência, a civilização dos faraós tinha características próprias quanto ao exercício do poder. No Egito, o poder político era teocrático, teofânico e teogâmico. Teocrático porque o poder tinha uma única fonte: a vontade faraônica. Teofânico porque faraó, como único exercente do poder, era a própria divindade. Teogâmico porque o caráter divino do poder faraônico era transmitido hereditariamente, pelas transposições dinásticas do poder.

²⁵ A palavra *talião* vem da mesma raiz de *retaliação*, e significa revide, isto é, aplicar uma sanção proporcional à conduta infracional, donde se explica seja a Lei de Talião conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”.

²⁶ O capítulo I do Código de Hamurabi dedica-se aos sortilégios, juízos de deus, falso testemunho e prevaricação de juízes. O capítulo II refere-se a crimes de furto e de roubo e reivindicações de móveis. O capítulo III destina-se aos direitos e deveres dos oficiais, dos gregários e dos vassallos em geral. O capítulo IV regula as locações e regime geral dos fundos rústicos, mútuo locação de casas, e dação em pagamento. O capítulo V estabelece as relações entre comerciantes e comissários. O VI é apenas composto de quatro artigos e diz respeito ao regulamento das tavernas. O capítulo VII regulamenta as obrigações (contratos de transporte e mútuo), processo executivo e servidões por dívidas. O capítulo VIII diz respeito aos contratos de depósito. O IX trata da injúria e difamação. Versa o capítulo X sobre matrimônio e família, delitos contra a ordem de família, contribuições e doações nupciais, e sucessão. O capítulo XI dispõe sobre a adoção, ofensas aos pais e substituição das crianças. O capítulo XII normatiza os delitos e penas (lesões corporais, talião, indenização e composição. No XII tem-se as regras sobre a atividade dos médicos e veterinários, arquitetos e bateleiros (salários, honorários e responsabilidade). O derradeiro capítulo XIV, encerra a corporificação jurídica regulando o seqüestro, locação de animais, lavradores de campos, pastores, operários, danos, furtos de arneses, de água e escravos (ação redibitória), responsabilidade por evicção e disciplina.

Extremamente escrito, o direito egípcio era registrado em papiros, e, segundo o historiador (2007, p. 33):

[...] a jurisdição era titularizada por faraó, que poderia, a seu critério, delegar funcionários especializados para a tarefa de decidir questões concretas. Em regra, esse funcionário era o *vizir*, que vinha logo abaixo do soberano na hierarquia política do Egito, e que era também o sacerdote da deusa *maat*.

Ou seja, comparada às comunidades mesopotâmicas, que coexistiram nesse período compreendido entre os séculos XX e VI da era pré cristã, a civilização egípcia se constituiu coesamente e se perpetuou pela legitimidade do exercício do poder político faraônico e pela sua imensa capacidade organizacional²⁷.

Contudo, dentre as civilizações antigas mais influentes para a formação do pensamento ocidental, especialmente quando se analisa os sistemas de solução de conflitos, destacam-se as sociedades grega e romana, que promoveram a racionalização do pensamento jurídico e a construção de sistemas extremamente organizados de pacificação social.

1.3.2 Direito e jurisdição na Grécia e em Roma

A história da Grécia antiga pode ser dividida em diferentes períodos: pré-homérico e homérico (antes do surgimento da civilização grega), e arcaico, clássico e helenístico (que abrangem desde o surgimento da civilização grega até o período de fusão com outras culturas).²⁸

²⁷ Rigidamente estratificada, a sociedade egípcia era composta, além da família real faraônica, da classe sacerdotal, dos guerreiros, dos escribas e dos artífices e camponeses. A ênfase religiosa e sagrada garantia à classe sacerdotal, sob a tutela de faraó, a execução do poder jurídico. Como se denota dos ensinamentos de Cicco (2006, p. 05): "Acreditava-se que as leis egípcias tinham sido criadas pelo deus Thot. No Egito havia trinta juizes, dez de cada uma das cidades de Heliópolis, Tebas e Mênphis, e todos sacerdotes. O mais sábio trazia um peitoral que era o símbolo de sua autoridade: era o presidente. Ao colocá-lo, estava aberta a sessão. Esta terminaria com o voto dos juizes, como os jurados modernos pela condenação ou absolvição do réu. A pena já estava determinada nas leis que liam em oito livros ou códigos.

²⁸ O período pré-Homérico, entre os anos 1.900 e 1.100 a.C, foi marcado pelo desenvolvimento das civilizações Cretense (ilha de Creta) e Micênica (continental), ainda sob um modelo de direito primitivo. Os anos entre 1.100 e 700 a.C delimitaram o período Homérico, que recebeu essa nomenclatura devido às clássicas obras de Homero (Odisséia e Ilíada). Nesse período surgiu a ruralização e a comunidade baseada em ajuda mútua na produção e na colheita, conhecida como comunidade gentilícia. Ao final desse período ocorreram as invasões dóricas, com a chegada dos povos aqueus, eólios e jônios. É a marca do surgimento das primeiras cidades-estado gregas. O período arcaico, cujas mudanças foram intensas, delimitou-se entre os anos 800 e 500 a.C, aproximadamente, e foi marcado por uma expansão territorial, através da colonização. A disseminação das leis foi acompanhada por uma importante mudança nos seus conteúdos, que aprimoraram os costumes, codificando o comportamento social. O período clássico iniciou-se aproximadamente 500 a.C. e perdurou até o ano de 338 a.C. Nesse momento, a história da Grécia foi marcada por vários conflitos, tanto externos como internos. O período Helenístico marcou a crise da cidade Estado grega devido ao seu enfraquecimento pelo longo tempo de guerras. Compreendido entre 338 e 146 a.C, teve seu início com a morte de Alexandre Magno e a ascensão

Como já afirmado, o direito antigo se caracterizou, principalmente, pelo advento e consolidação da escrita, o desenvolvimento das cidades e do comércio nas sociedades antigas. A escrita foi ignorada pelos gregos durante um considerável tempo, pelo menos até o período arcaico, o que impedia um sistema jurídico concreto. Mas com a constituição e consolidação das cidades surgiu a necessidade de aprimorar também as leis organizando-as em conjunto, para que assim representassem a autoridade governamental, atendendo assim ao clamor do povo para assegurar a justiça²⁹.

Esse processo de organização social em núcleos urbanos na Grécia, que desencadeou o surgimento da *polis*, associado ao advento da escrita e uma nova forma de pensar, promoveu uma violenta transformação na sociedade grega, entre os séculos VII e VI a.C.. Uma intensa luta de classes pela disputa do poder durante o período arcaico dentro das cidades-estado gregas exigiu dos governantes a iniciativa de codificar o direito, como instrumento de estabelecer as prerrogativas e os limites do exercício de poder para cada classe social.

Há, aqui, uma importante mudança de paradigma. A sociedade grega abandona a fórmula da *vindita*, da vingança pessoal, da retaliação individual, e institui órgãos governamentais (estatais) para exercer o poder jurisdicional. Não que a novel legislação tenha sido mais branda, mais amena. Ao contrário, o primeiro conjunto legislativo escrito da sociedade ateniense foi conhecido pela sua severidade e rigidez.

No entanto, o paradigma justificador do exercício do poder, para imposição da ordem, é que se modificou, deixando de ser a sacralidade e a subjetividade das decisões sacerdotais para dar lugar à lei escrita e codificada e instituída como forma de organização da cidade³⁰.

Essa conclusão pode ser extraída nas primeiras linhas de *Política*, de ARISTÓTELES (2001, pp. 14 e 15):

do domínio macedônico. Quando o território grego foi dominado pelos macedônios, que aderiram parcialmente a cultura e o modelo político grego, houve a disseminação da cultura grega fundidas com outras culturas por novos territórios.

²⁹ Séculos mais tarde, a leitura de Aristóteles sobre esse processo de formação da cidade-estado (não histórico, mas lógico), e principalmente da relação entre o homem, o Estado e as leis, é a de que o indivíduo depende do corpo social para atingir a sua principal finalidade, qual seja a felicidade, e que as leis são o instrumento de organização da vida associativa, como forma de consecução desse objetivo.

³⁰ As fontes das leis gregas escritas podem ser divididas em dois grupos: as fontes literárias e as fontes epigráficas. Estas consistem em documentos públicos permanentes, devido ao material utilizado (madeira, bronze ou pedra), enquanto as primeiras são classificadas em quatro: I) o discurso forense dos oradores áticos; II) monografias constitucionais; III) filósofos do direito; IV) antiga e nova comédia.

§9. Fica evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é ser vil ou superior ao homem.

E continua ARISTÓTELES (2001, p. 15):

§11. Na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte. (...) De maneira evidente, o Estado está na ordem da natureza e antecede ao indivíduo; pois, se cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente, o mesmo modo acontecerá com as partes em relação ao todo. Ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim com que todos os homens se associem (...) Não possuindo a virtude, torna-se ímpio e o mais feroz de todos os entes vivos; não sabe, para sua vergonha, mais do que amar e comer. A justiça constitui a base da sociedade. Dá-se o nome de julgamento à aplicação do que é justo.

Realmente, o direito escrito é uma das marcas do direito grego, e constituiu em um importante sistema de controle do poder naquela civilização. Segundo ASSIS (2010, pp. 88 e 89):

O direito escrito, de certo modo, estabelece um caráter igualitário, na medida em que represente uma *diké* que deve ser, para todos os que se encontram na mesma posição (...). Assim, o direito escrito possui a força de reduzir a margem de manobra dos árbitros aristocratas que evocam, nas suas decisões, as velhas fórmulas jurídicas e religiosas que apenas eles conhecem. O direito escrito também possui a força de estabelecer limites à desmedida inerente à vingança privada, fundada no princípio da represália. Vale dizer, ainda que a função judicial continue privilégio da aristocracia, as decisões ficam submetidas às normas estabelecidas por escrito³¹.

Nesse processo de codificação grego se faz mister ressaltar a atuação de dois importantes legisladores: Drácon³² e Sólon. Seus legados levaram o

³¹ Em seguida, o historiador complementa (2010, p. 90): "(...) Há outra coisa, também importante, cuja mudança advém com as leis escritas. A natureza da lei e seu fundamento não são os mesmos que passava por uma revelação feita pelos deuses aos ancestrais, aos mestres da verdade, magistrados ou sacerdotes. Doravante a lei tem por princípio o interesse dos cidadãos e da cidade. A lei deixa de ser um patrimônio da família aristocrática e passa a ser propriedade comum de todos os cidadãos."

³² "Segundo a tradição, em 621 a.C. foram concedidos a Drácon poderes extraordinários para redigir a legislação ateniense. Ao término de sua função, Drácon teria publicado um código de leis que se tornou proverbial por sua severidade, daí o significado que o termo legislação draconiana passou a ter para as gerações seguintes." (Assis, 2010, p. 89)

direito grego a atingir um alto grau de desenvolvimento, no que tange à legislação e especialmente no que diz respeito ao processo³³.

A propósito, um dos fatores determinantes para que o direito grego deva ser referenciado como um dos mais importantes do período antigo foi a intensa participação popular na solução de conflitos. Era o cidadão grego quem, integrando os organismos jurisdicionais, decidia, julgava, sentenciava. O direito era mantido nas mãos de cidadãos, pois se imaginava que assim permaneceria justo, ágil e acessível.

O sistema de solução de conflitos envolvia apenas os litigantes, o júri popular e, às vezes, os logógrafos ou síndicos³⁴. Os julgamentos eram realizados em praças especialmente e detalhadamente planejadas para que os juízes pudessem ouvir os discursos. A apresentação do caso era feita por discurso dos litigantes, que se dirigiam diretamente aos jurados e buscavam, pela oratória e retórica, a persuasão dos magistrados. A decisão final era dada por votação pessoal que refletia a vontade da maioria, e o resultado era externado por um magistrado, que apenas presidia o julgamento, sem interferir na decisão final.

Essa dinâmica social propiciou o desenvolvimento de um grande número de tribunais na Grécia, com diferentes competências, a exemplo do Areópago, do Conselho dos Quatrocentos, da Eclésia (ou Assembléia do Povo) e do Tribunal de Helieia³⁵. Há também, aqui, uma das mais importantes conquistas evolutivas dos mecanismos de solução de conflitos na antigüidade. Como escreve SOUZA (2007, p. 87):

Algo notável no direito grego era a clara distinção entre lei substantiva e lei processual. Enquanto a primeira é o próprio fim que a administração da justiça busca, a lei processual trata dos meios e dos instrumentos pelos quais o fim deve ser atingido, regulando a conduta e as relações dos tribunais e dos litigantes com respeito a litigação entre si, enquanto a

³³ Segundo Assis (2010, p. 94): “Em 594, Sólon foi eleito para as funções de arconte, com poderes especiais para atuar como mediador ou árbitro entre as classes sociais em conflito, implementar reformas na legislação e escrever uma nova constituição, tudo no sentido de evitar a instalação da tirania.”

³⁴ Síndicos eram pessoas próximas aos litigantes, que auxiliavam a elaboração dos discursos sem receber qualquer espécie de remuneração. Já os logógrafos eram escritores profissionais de discurso forense, que detinham relativo conhecimento das leis e dos procedimentos. Embora escrevessem para seus clientes por determinado valor, eram os próprios litigantes quem deveriam promover a autodefesa.

³⁵ Cada um desses organismos institucionais tinha a função de promover a solução de conflitos específicos e diferenciados para determinadas classes sociais, com procedimentos igualmente distintos, estabelecendo-se uma ampla participação política social no exercício do poder jurisdicional. Alguns desses tribunais chegaram a realizar julgamentos com quinhentos juízes, como foi o caso do Areópago, demonstrando uma intensa participação da comunidade para a pacificação social, um verdadeiro exercício de cidadania, de jurisdição popular, pelo ativismo dos integrantes da sociedade mais politicamente organizada da antigüidade.

primeira determina a conduta e as relações com respeito aos assuntos litigados.

A escrita, outrossim, influenciou não apenas o direito grego. Com muito mais intensidade o direito romano sofreu os reflexos desse fenômeno comunicacional que transformou a antigüidade.

O longo período da história romana foi marcado por diferentes modelos sociais, econômicos, políticos e, assim também, jurídicos. A civilização romana acompanhou a transição do direito primitivo, consuetudinário, com a ausência da escrita e peculiar transmissão oral, para o direito antigo, já escrito, com normas de índole civil, penal e processual.

O direito acompanhou todas as sintomáticas transformações da política na sociedade romana, desde a fundação monárquica, passando pela forma republicana, até o modelo imperial, em sua ascensão e queda, transformando-se tal qual a própria civilização³⁶.

Em verdade, na origem, a sociedade romana tem muito em comum com a sociedade grega. Ambas, em seus primórdios, têm fundamentos baseados na família e religião, e com a autoridade concentrada nas mãos do *pater familiae*, que exercia todas as funções que demandavam autoridade no ambiente doméstico. Ambas compartilham também do culto aos mortos, através de crenças religiosas, de culto a deuses *lares*, que eram idolatrados na privacidade do ambiente familiar, além de comungarem do mesmo modo de produção escravagista. Em *A Cidade Antiga*, COULANGES (2000, p. 201) anota:

A realeza foi a princípio em Roma o que havia sido na Grécia. O rei era o sumo sacerdote da cidade e, ao mesmo tempo, o juiz supremo; em tempos de guerra, era quem comandava os cidadãos armados. A seu lado estavam os chefes de família, os *Prates*, formando o Senado. Havia um único rei,

³⁶ A história política da civilização romana é delimitada por acontecimentos históricos e dividida em três períodos: monarquia ou realeza, república e império (*principado* e *dominato*). Roma teve sua fundação pelos povos etruscos, em 753 a.C., com o rei Rômulo exercendo todas as funções de poder, como a de magistrado, chefe político e jurídico, militar e também religioso, de modo centralizado e vitalício. O fim da realeza se deu através de uma revolução, em 510 a.C., com a queda do último monarca, Tarquínio, o Soberbo. Instaurou-se então a república aristocrática, cuja administração era dividida em magistraturas, sob a regência do Senado. Conseqüentemente iniciou-se um processo gradual de descentralização do exercício do poder. Após aproximadamente quatrocentos anos e um período de forte instabilidade política, no século I a.C., ocorreu nova centralização do poder, levando ao fim do período republicano. Em 27 a.C. instituiu-se o império romano, com o Senado concedendo a Octávio Augusto, o título de *principens* e o poder absoluto. Esse período estende-se até a queda de Roma (em 476 d.C.), sendo conhecido como o império romano, marcado por um primeiro momento expansionista e desenvolvimentista (até aproximadamente o século III d.C.), e em seguida por sucessivos e, muitas vezes, trágicos episódios envolvendo a disputa do poder político de Roma, tomada definitivamente pelos povos bárbaros no século V d.C..

porque a religião prescrevia unidade entre o sacerdócio e o governo. (...) Por aí vemos que Roma encontrava-se em circunstâncias idênticas às de outras cidades. O rei estava na presença de um corpo aristocrático, muito fortemente constituído, que hauria forças da religião. Os mesmos conflitos que vimos na Grécia, tornamos a encontrá-los em Roma.

Romanos e gregos também se organizaram em classes sociais, estabelecendo, obviamente privilégios para os titulares e exercentes do poder político, o que gerou incessantes confrontos durante a evolução dessas duas comunidades antigas. Essa estratificação social foi determinante para a composição das normas jurídicas dessas sociedades, e principalmente para a determinação dos modelos de solução de conflitos.

Desde a sua fundação, em 753 a.C., como uma cidade-Estado monárquica (*civitas*), até o advento da República, em 509 a.C., Roma adotava o modelo de direito arcaico. Esse sistema vigorou até o advento da Lei das XII Tábuas, legislação promulgada entre 451 e 450 a.C., por influência da civilização grega e, principalmente, pela forte pressão popular da classe plebéia que exigia maior participação política. A Lei das XII Tábuas foi um dos marcos do direito romano, porquanto instituiu o modelo de um direito codificado que influenciou e ainda influencia toda a civilização ocidental³⁷. Conforme narra CICCIO (2006, p. 26 e 27):

O direito tornou-se público e conhecido. Não mais se concebia a lei de caráter privado, proveniente do culto de uma família. O direito dos indivíduos passou a ser considerado “concessão do Estado”, como diz Fustel de Coulanges. O direito costumeiro cedeu lugar à lei escrita. (...) É inegável a influência das leis de Sólon, tanto que se chegou a pensar em simples transcrição. Mas tal não se deu: as mudanças no conceito de direito e de lei são resultantes de uma revolução nas idéias no seio das famílias aristocráticas romanas. (...) O culto doméstico foi posto à margem, por isso a lei perdeu seu caráter sagrado.

Com a instituição da República, até o advento do Império, organiza-se também o órgão responsável pela pacificação social em Roma: a magistratura.

³⁷ É justamente a partir da instituição do direito escrito na civilização romana que se adota a denominação de direito clássico romano, nomenclatura que se perpetua até o advento do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, em 529 d.C., a mais importante compilação de normas e doutrinas jurídicas da antiguidade. Altavila (1989, p. 117) propugna: “Concluimos que a Lei das XII Tábuas outorgou ao mundo um aspecto legal que somente foi igualado pela *Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão*, da Revolução Francesa: - Não impingida pelos deuses, nem pelos soberanos, nem pelos juristas. Foi ela a mais legítima das leis, porque resultou do sacrifício, da luta, do clamor do povo romano reduzido ao pauperismo pela realeza e pelo patriciado.”

Inicialmente a atividade de julgar foi atribuída a dois magistrados supremos, chamados cônsules, e de diversos outros magistrados com funções específicas³⁸.

Com o desenvolvimento urbano, houve a necessidade de se constituírem outras magistraturas, para o exercício de atividades co-relacionadas à solução de conflitos sociais. Marinoni e Arenhart (2008, p. 32) ensinam que:

[...] considerado o direito romano, sabe-se que a denominada “justiça pública” consolidou-se no período denominado de *cognitio extra ordinem*. Foi nessa fase que o Estado, por ter poder suficiente, passou a ditar a solução para os conflitos de interesses, não importando a vontade dos particulares, que na verdade já estavam submetidos ao poder do Estado, e deste seu poder de decidir os conflitos não podiam esquivar-se. Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*.

Ana Carolina Marinho Marques (2011, p. 05) assim descreve o exercício do poder pelos *cônsules* durante o período republicano romano:

O poder dos magistrados supremos compreendia o *potestas* e o *imperium*. O *potestas* indica a faculdade de exprimir com a própria vontade, a que seria a vontade do Estado, criando para ele direitos e obrigações. Com o nascimento das magistraturas supervenientes o *potestas* se estende a todos os magistrados do período republicano. Por outro lado, o *imperium* representava a supremacia do Estado personificada na pessoa do magistrado e exige de todo cidadão ou súdito, devida obediência, mas que pode encontrar o seu limite nas garantias fundamentais da pessoa humana conferidas por uma *lex publica*. O poder de *imperium* reflete a possibilidade de comandar o exército (*imperium militae*), de requerer o parecer do Senado, apresentar a proposta de lei aos comícios, a faculdade de prender ou punir um cidadão culpável (*coercitio*) e administrar a justiça nos negócios privados. Os pretores, uma vez que exerciam a *iurisdictio*, ou seja, administravam a justiça, também eram dotados do poder de *imperium*.

Durante o período do direito clássico romano, em razão do forte desenvolvimento de Roma e da complexidade das relações sociais, aumentam

³⁸ Ana Carolina Marinho Marques (2011, p. 06 a 08) destaca que “(...) além do consulado, constituíam a magistratura ordinária permanente a *questura*, a *pretura*, edilidade da plebe, o *tribunato* e a edilidade *curul*. O consulado se destaca pelo caráter ilimitado de sua competência. Os cônsules exerciam o poder de *imperium* em tempo de paz e em tempo de guerra, sem que se tenha sido estabelecido limites objetivos ou territoriais. Os *questores* exerciam funções limitadas, eram os auxiliares dos cônsules e, inicialmente, nomeados por eles. Nos dizeres de Luiz Antonio Rolim: ‘Eram os chefes do erário público (*aerarium populi romani*), convocavam os devedores para que viessem pagar seus débitos e os denunciavam à justiça quando inadimplentes. Os *pretores* eram munidos do poder de *imperium*. Em 367 A.C. surgiu a *pretura urbana*, a qual exercia suas funções na cidade e estabeleceu sua competência através da *iurisdictio*, julgando as lides entre cidadãos romanos. (...) As magistraturas plebéias eram duas, *edilidade plebéia* e *tribunato* da plebe. Apresentaram um caráter revolucionário e se desenvolveram como instrumento de luta entre patrícios e plebeus. (...) A *edilidade curul* foi criada com as mesmas funções da edilidade da plebe, qual sejam, segurança do trânsito, policiamento urbano e do comércio, manutenção e conservação de ruas e praças, vigilância noturna, dentre outras. Surgiu em 367 A.C. (2011, p. 6 a 8).

sobremaneira os conflitos comunitários. O século II a.C. é especialmente um momento em que Roma passou a sofrer os efeitos da superconcentração populacional derivada do êxodo rural. O aumento da pobreza e miséria deu início a conflitos políticos e sociais que instauraram uma forte crise nas instituições republicanas, especialmente no Senado, promovendo, aproximadamente um século mais tarde, a desconstrução do modelo republicano e a instauração do Império Romano³⁹.

A magistratura, por conseguinte, se transmudou e se adaptou às constantes variações do exercício do poder político em Roma, mas não desapareceu. Em síntese, como ensina GOMES (1995, p. 14):

Conheceram os romanos, sucessivamente, três sistemas de processo civil, variando em cada um deles o papel a ser desempenhado pelo magistrado, termo este que qualificava o membro de qualquer uma das múltiplas magistraturas romanas. Tais sistemas foram: o das ações da lei (*legis actiones*) que perdurou o direito pré-clássico ou quiritário (754 a.C. até 150 a.C.), data da Lei Ebuícia; o sistema formulário (*per formulas*), vigente no direito clássico (150 a.C. até Diocleciano, 305 d.C.), sistema este definitivamente abolido por uma constituição imperial dos Imperadores Constâncio e Constante, no ano 342 d.C., quando então o sistema extraordinário (*cognitio extraordinária*) se implanta com exclusividade e permanece no direito pós-clássico que perdura até o ano de 565 d.C., quando se dá a morte do Imperador Justiniano, data considerada como final do Direito Romano.

A tomada definitiva de Roma, em 476 d.C. (capital do Império Romano do Ocidente), por povos e legiões bárbaras é o marco histórico do fim da idade antiga e início da idade média⁴⁰. Assim como a cultura e a língua, o direito produzido por essa civilização perpetuou-se. Na mais exuberante compilação legislativa e jurisprudencial da antigüidade, o Imperador Justiniano, entre os anos de 529 e 535 d.C., conseguiu reunir e sistematizar as mais complexas legislações do período clássico (*codex*) e as principais formulações teóricas derivadas das

³⁹ Com o advento do Império Romano (a partir de 27 a.C. até 476 d.C.) o poder voltou ser centralizado na pessoa do imperador, mitigando-se, evidentemente o ativismo da magistratura, que tanto contribuiu para o desenvolvimento do direito romano. Segundo Castro (2009, p. 82): “Durante o Império a figura principal do governo romano era, obviamente, o Imperador. Este nome *Imperator* significava que o *princeps* (primeiro homem de Roma) possuía o *imperium* em todos os aspectos: o civil, o militar e o judiciário. (...) Neste período as magistraturas republicanas subsistem, mas não têm mais a força e importância anterior. O Consulado, por exemplo, continua existindo até Justiniano, entretanto é um cargo apenas honorífico. O Senado continua existindo, entretanto com cada dia atribuições mais limitadas. Por outro lado, teve sua competência ampliada nos terrenos legislativo, eleitoral e judicial, já que podia, conforme a vontade dos senadores, conhecer qualquer delito, principalmente atentado contra o Estado ou a pessoa do imperador.”

⁴⁰ Chama-se idade média o período compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., e a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1.453.

interpretações pretorias e atividade jurisprudencial prolatadas durante o auge da república romana (*digesto* ou *pandectas*).

A condensação desse material jurídico e literário e a sua reunião em um manual (*institutas*) elaborado especificamente para o ensino da ciência do direito aos cidadãos do Império Romano do Oriente, com sede em Constantinopla, bem como as constantes atualizações legislativas de Justiniano (*novelas*), formaram o *Corpus Juris Civilis*, o corpo de normas civis que inspiraram a sociedade medieval e moderna em suas diferentes concepções organizacionais.

1.4 DIREITO E JURISDIÇÃO NA IDADE MÉDIA

O período denominado idade média, ou período medieval, de aproximadamente mil anos, compreendidos entre os séculos V e XV, pode ser dividido em dois diferentes momentos históricos: a alta idade média, entre os séculos V e IX, e a baixa idade média, que se prolongou desde o século X até o século XV.

A cultura e a tradição romana, nesse período, não foram expurgadas do ocidente; permaneceram e se consolidaram no Império Romano do Oriente (Império Bizantino), sob a regência de governantes sediados em Constantinopla, e se misturaram com a cultura dos povos bárbaros que invadiram a Europa Ocidental.

Juntamente com a queda de Roma, em 476 d.C., sucumbiu o modelo de exercício de poder caracteristicamente centralizado, de uma sociedade urbanizada e institucionalizada. A fome e a miséria que assolaram o Império Romano do Ocidente, a partir do século III, promoveram um êxodo rural e a conseqüente desconstrução do modelo de organização urbana com todo o seu sistema jurídico. Constituiu-se uma nova estrutura comunitária: o feudo⁴¹, uma

⁴¹ O feudalismo se consolidou a partir do século V d.C. na Europa Ocidental e se baseou em contratos firmados entre o proprietário de terras (senhor) que necessitava de proteção contra as constantes invasões estrangeiras, e pessoas dispostas a trabalho (vassallos), egressas dos centros urbanos, famintas e miseráveis, prontas a defender a propriedade de seus senhores em favor da própria subsistência. Os contratos feudo-vassálicos eram pessoais e formais, além de serem baseados na fé (*fides*). Seu conteúdo se resumia numa relação de fidelidade através de obrigações recíprocas (sustento em troca de proteção); um vínculo interpessoal, ético, formal, comutativo e sagrado, pelo qual se garantia a subsistência da parte do senhor e a segurança da parte do vassallo. O feudalismo também significou a junção do regime escravocrata (deixado como herança pelo Império Romano) com o primitivismo dos povos bárbaros germânicos (principalmente hunos, visigodos, ostrogodos, burgúndios, francos, alamanos, suevos, anglos, saxões e vândalos), ainda caracteristicamente seminômades e de tradição jurídica consuetudinária.

unidade agrária e ruralizada, que se tornou o fundamento do sistema econômico, social e político de então.

O fim da unidade do poder político imperialista romano, a fragmentação territorial e lingüística, o avanço do cristianismo⁴² e a sacralização⁴³ das relações jurídicas medievais contribuíram para a *clericalização*⁴⁴ do exercício do poder. Esses fatores também foram determinantes para que o direito emanado da Igreja começasse a se disseminar e se impor preponderante, levando à uniformização dos comportamentos. Foi o surgimento do direito canônico⁴⁵. Em verdade, não se pode dizer que os cânones⁴⁶ foram as únicas fontes de direito no período da idade média, mas foram as principais. Houve uma diversidade de fontes jurídicas própria da fragmentação política, da variação cultural derivada da miscigenação romano-germânica, o que Norberto Bobbio denomina *caráter pluralista* da sociedade medieval. Nas palavras de BOBBIO (1995, pp. 11 e 12):

Dizendo que a sociedade medieval tinha um caráter pluralista, queremos afirmar que o direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes *fontes* de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*. No que diz respeito às fontes, operavam na

⁴² Acerca dessa relação entre o cristianismo e o exercício do poder, Cicco (2006, p. 62) anota: “A aceitação do cristianismo trouxe para os povos bárbaros muitos benefícios: os beneditinos instruíam as crianças na história sacra e profana; ensinavam os bárbaros a construir casas de pedra e não mais viver em choças e a abandonar as crudelíssimas práticas das ‘ordálias’ ou juizes de Deus, em que se decidiam as questões jurídicas por meio de um combate entre autor e réu. Os monges também ensinaram os bárbaros a respeitar o direito acima da força, pondo esta a serviço daquele, canalizando sabiamente a pujança indômita desses guerreiros inatos. Daí o surgimento de instituições como a Cavalaria, em que a força e a destreza militar eram postas a serviço dos fracos, órfãos, viúvas e inválidos, como observa Léon Gautier.”

⁴³ Bruno Albergaria (2011, p. 107) ensina: “Não sem razão, uma das principais características da Idade Média foi a influência religiosa em praticamente todas as áreas do conhecimento humano: filosofia, arte, arquitetura, e também no Direito. Assim, o pensamento judaico-cristão marcou profundamente o mundo medieval. Temas como Deus (ser uno, perfeito, universal, criado a partir do nada), Fé, Salvação, Providência e Revelação Divina passaram a fazer parte de temáticas filosóficas e do cotidiano das pessoas. O medo foi, seguramente, um dos sentimentos mais marcantes desse período, comumente denominado de *Idade das Trevas*. As pessoas tinham medo de praticamente tudo nesse período; primeiro, o medo do inferno, principalmente por causa da possibilidade de excomunhão; depois, o medo da própria Igreja Católica Apostólica Romana, com a perseguição dos hereges, judeus, bruxas e pecadores, através da Santa Inquisição e seus métodos de tortura.

⁴⁴ Em 313 d.C., já na fase de declínio pré-derrocada do Império Romano do Ocidente e de ascensão e consolidação do Império Romano do Oriente, o Imperador Constantino, pelo *Edito de Tolerância de Milão*, oficializou o catolicismo como religião, e permitiu a liberdade ao culto cristão. O número de clérigos aumentou rapidamente e os religiosos passaram a possuir privilégios pessoais, além de privilégios econômicos, políticos e sociais. De outra banda, a inexistência de uma fonte nuclear política de legitimação da ordem e do direito permitiu que a Igreja Cristã ocupasse o lugar do Estado, se apossando do poder ideológico e político de então.

⁴⁵ Pode-se dizer que o Direito Canônico de então consistia em um conjunto de normas eclesiásticas, ou seja, originárias da Igreja (*Eclesia*), que objetivava a uniformização dos sacramentos, a organização institucional e social e a consolidação dos seus dogmas de fé. O Direito Canônico predominou sobre o Direito Laico devido a vários fatores, sendo o principal a sua origem eclesiástica, além de ser escrito e formalizado. Esse absolutismo resultou em fortes repressões para conter os que não concordavam com seus princípios, materializadas, posteriormente pela atuação do Santo Ofício ou Santa Inquisição, criada provisoriamente em 1184 pelo Concílio de Verona, e de modo permanente em 1233. Nas palavras de Maria Bernadete Miranda (2011) o “Direito Canônico ou Direito Canônico é a lei da Igreja Católica e da Igreja Anglicana. O conceito leste-ortodoxo de *Direito Canônico* é semelhante, mas não idêntico ao modelo mais legislativo e judicial do ocidente. Em ambas as tradições, um cânone é uma regra adaptada por um Concílio Ecumênico”.

⁴⁶ Do grego *kanon*/ que significa para regra, standard, ou medida; estes cânones formavam a fundação do Direito Canônico. (...) Foi a partir do século VIII que o Direito Canônico começou a ser assim chamado.

sociedade medieval ao mesmo tempo, ainda que com diferente eficácia, os vários fatos ou atos normativos que, numa teoria geral das fontes, são considerados como possíveis fatos constitutivos de normatividade jurídica, quer dizer o costume (*direito consuetudinário*), a vontade da classe política que detém o poder supremo (*direito legislativo*), a tradição doutrinária (*direito científico*), a atividade das cortes de justiça (*direito jurisprudencial*). Com relação à pluralidade dos ordenamentos, pode-se dizer em geral que existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos seja acima do *regnum*, isto é, a igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações. Em uma sociedade na qual não existe um poder único e unitário, não existindo, portanto, um critério único de avaliação jurídica, os limites do poder estão incluídos na sua própria estrutura (...).

De qualquer forma, o direito canônico se sobressaiu, especialmente pela relevância da participação da Igreja quanto ao exercício do poder político e jurisdicional da medievalidade. A sociedade feudal reconhecia nas instituições eclesiásticas a legitimidade para o exercício do poder ideológico, político e jurisdicional.

A jurisdição, institucionalmente, passou a ser exercida pela própria Igreja, através de seus Tribunais Eclesiásticos⁴⁷. Samyra Haydêe Napolini (2007, pp. 237 e 238) registra que:

O direito canônico, que era o direito da comunidade religiosa dos cristãos desempenhou um papel importante durante a Idade Média. Foi um direito redigido, comentado e analisado desde a Alta Idade Média, tendo sido o único direito escrito durante a maior parte do período. Elaborado inicialmente para aplicar-se aos membros e autoridades do clero católico, sua influência sobre as legislações da Europa ocidental deveu-se ao alargamento do poder jurisdicional dos Tribunais Eclesiásticos que, durante a Idade Média, estendeu-se aos leigos.

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiástico processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, sionia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. No apogeu da Inquisição, os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiásticos como instrumentos judiciais da perseguição.

Sobre a jurisdição eclesiástica⁴⁸, registra GILISSEN (2001, p. 138):

⁴⁷ Sobre a formação dos organismos jurisdicionais eclesiásticos, e a influência que esses tribunais passaram a exercer não apenas no âmbito da Igreja, mas, sobretudo, na jurisdição secular durante a idade média, Azevedo (2007, p. 111) escreve: "Durante o período que corre entre os primeiros papas, até o definitivo reconhecimento da jurisdição eclesiástica, vai o tribunal do bispo ampliando a sua competência, por meio das normas baixadas por aqueles pontífices; assim, desde Cleto (76-88) até Caio (283-296) e Marcelino (296-304), institui-se o tribunal episcopal; reconhece-se o direito à apelação; estabelece-se o princípio do contraditório; proíbe-se o julgamento dos ausentes; especificam-se quais as pessoas que não podem vir acusar em juízo. Finalmente, após existência difícil e atribulada, enquanto perduraram as perseguições aos cristãos, vitorioso Constantino, ganhou a *episcopalis audientia* reconhecimento oficial. Daí para frente, inverte-se a situação: a jurisdição eclesiástica torna-se competente mesmo para as causas cíveis, se assim solicita uma das partes; por outro lado, ainda que em andamento a causa perante o juiz secular, podia o interessado requerer a remessa da causa ao exame do tribunal episcopal, para ali prosseguir e ser julgada."

⁴⁸ Comentando sobre o apogeu do exercício da jurisdição pela Igreja, entre os séculos X e XIV, o mesmo autor (2001, p. 139 e 141) anota: "Nesta época, as jurisdições laicas estão em plena decadência na seqüência do

A influência do direito canônico sobre os direitos da Europa Ocidental explica-se em parte pela extensão da competência dos tribunais eclesiásticos, não apenas relativamente aos membros do clero, mas também, na Idade Média, em relação aos leigos.

A mais importante das instituições jurisdicionais eclesiásticas medievais foi, com efeito, o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição⁴⁹, que avançou pela modernidade julgando as heresias, tendo indiscutível contribuição para o desenvolvimento da jurisdição e do processo penal, principalmente no âmbito procedimental (processo inquisitorial) e na seara da teoria das provas. Para NASPOLINI (2007, p. 240):

O processo de inquérito, que veio substituir o processo acusatório no século XIII, consolidando-se em toda a Europa continental no século XVI, alterou profundamente todo o sistema penal, atribuindo ao juízo humano um papel essencial, condicionado pelas regras racionais do direito.

(...) foi a Igreja que, principalmente, influenciou e incentivou a adoção dos novos procedimentos no sistema penal. Mudando inicialmente a forma do processo nos Tribunais Eclesiásticos, a Igreja proibiu, no IV Concílio de Latrão (1215), a participação de clérigos nos ordálios.

No processo por inquérito, o desencadeamento da ação penal ainda poderia ser feito pela acusação privada, mas o acusador não tinha nenhuma responsabilidade em caso de inocência do réu.

Outro fator que diferenciou o processo de inquérito do processo acusatório foi a oficialização de todas as etapas do processo judicial a partir da apresentação da denúncia. O juiz, no novo sistema, já não era mais um árbitro imparcial que presidia um conflito a ser resolvido pelo sobrenatural.

enfraquecimento do poder real pelo feudalismo. A Igreja, na maior parte da Europa Ocidental, atinge o seu apogeu e teve a possibilidade de conhecer um largo domínio de poder jurisdicional, mesmo em relação aos leigos. No cível, o processo era essencialmente escrito. O queixoso devia entregar o seu pedido por escrito (*libellus*) a um oficial que convocava o réu. Em presença das duas partes, o oficial lia o *libellus*; o réu podia opor exceções; depois do exame destas, o contrato judiciário ficava fixado pela *litis contestatio* (cujos efeitos eram, no entanto, um pouco diferentes da do direito romano). As partes submetiam seguidamente as provas (confissão, testemunhos, documentos) das suas asserções ao juiz; na falta de prova suficiente, o juiz podia ordenar um juramento litisdecisório. No domínio penal, o processo permaneceu durante muito tempo dependente de queixa (isto é, acusatório) que se desenrolava mais ou menos como o processo cível. Nos finais do século XII apareceu o processo oficioso, por inquirição (*inquisitio*) ordenada pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração (procedimento inquisitorial). Este processo foi largamente aplicado pelo Santo Ofício na luta contra as heresias; levou à permissão de ordenar a tortura (*quaestio*), instituição recebida do direito romano e aplicada contra os heréticos por uma bula de Inocêncio IV, de 1252.”

⁴⁹ Salo de Carvalho (2007, pp. 249 e 250) sintetiza brevemente o histórico do Santo Ofício, com as seguintes palavras: “Marcada pela intolerância e mascarada pela sacralização, a fase que se iniciou com a promulgação da Bula Papal de Gregório IX, em 1232, somente receberia incisivas críticas e reconhecida ilegitimidade ao final do século XVII e início do XVIII, quando a casta intelectual teórica e prática estruturou uma abordagem geral e pluridisciplinar desqualificadora de um discurso que, analisado pela atual teoria política, demonstra características nitidamente totalitárias. Mesmo assim, encontrar-se-á resquícios das práticas inquisitoriais até o século XIX, quando foram abolidas definitivamente em Portugal (1821) e Espanha (1834). Estruturado a partir de duas grandes codificações eclesiásticas – *Directorium Inquisitorum* e *Malleus Maleficarum*, legitimadas pela Santa sé nos anos de 1.376 e 1.489, respectivamente, e que formaram, no final do século XV, juntamente com outros escritos, o *Corpus Iuris Canonici* -, o *Tribunal do Santo Ofício da Inquisição* levou um número incalculável de pessoas a seus tribunais, onde sofreram processos verdadeiramente kafkianos, devido à sua estrutura de denúncia (o processo por inquérito admite acusações anônimas e muitas vezes o réu não conhece o conteúdo das acusações que lhe são imputadas) e à probatória (a confusão é o principal meio de prova e a tortura é utilizada como instrumento para descobrir a “verdade”).”

Ao contrário, ele e os demais oficiais do tribunal assumiam a investigação dos crimes e determinavam a culpabilidade ou não do réu, normalmente através do interrogatório de testemunhas e do próprio réu, tudo registrado por escrito.

A sistematização do processo em etapas procedimentais, a formação da convicção do órgão de decisão a partir de um conjunto de provas e indícios, e a vinculação do fundamento da sentença condenatória a esse conjunto probatório, com efeito, são importantes contribuições do processo inquisitivo constituído pelo direito canônico no período medieval.

Contudo, é com o surgimento do Estado-nação, a partir do desenvolvimento das teorias políticas e filosóficas iluministas dos séculos XVI, XVII e XVIII, que a jurisdição passa a ser considerada como poder, função e atividade vinculada ao Estado, que a monopoliza com a absoluta exclusividade, como forma de garantir a pacificação social.

1.5 JURISDIÇÃO NA MODERNIDADE

A partir do século XIII a Europa passou a vivenciar um processo de reorganização político-administrativa. A expansão comercial decorrente das navegações promoveu o renascimento dos centros urbanos, principalmente nas penínsulas itálica e ibérica. Os agrupamentos de unidades feudais constituíram reinos e a união de pequenos principados fundou os primeiros Estados nacionais⁵⁰. Surge um esboço do mapa europeu⁵¹ da contemporaneidade.

⁵⁰ Lívio Xavier, no prefácio da obra *O Príncipe*, de Nicolau Machiavel (1957, pp. 11 e 12), descreve sinteticamente o movimento político de formação dos estados nacionais, *ipses literis*: “Até o século XV desenvolve-se, com a derrocada da economia feudal, o progresso da ascensão do capitalismo. Surgem na Europa Ocidental os novos Estados nacionais. As soberanias locais vão sendo absorvidas pelo fortalecimento das monarquias e pela centralização progressiva das instituições políticas – reflexo da força expansiva do regime econômico em ascensão. Já desde os fins do século XIII os príncipes vinham enfeixando nas suas mãos prerrogativas cada vez maiores. O Estado absolutista firma-se apoiado sobre as classes médias e tende a controlar a economia, sujeitando a feudalidade e a Igreja a sua autoridade, o que não significa que o absolutismo seja revolucionário: o Estado monárquico, preservando os privilégios essenciais das classes superiores, preserva-se a si mesmo, mantendo a autoridade do poder central sobre a burguesia urbana, o proletariado nascente e as massas rurais. As forças progressivas do desenvolvimento, o capitalismo, a navegação, a circulação geral expandem-se livremente. Nesse sentido, pode-se dizer que o novo regime econômico restituiu generosamente ao Estado a força que havia recebido dele, isto é, os interesses capitalistas coincidem com os do Estado nacional na sua oposição às forças descentralizadoras da economia urbana.”

⁵¹ Portugal foi uma das primeiras unidades nacionais a se constituir, em 1.139, quando, sob a regência de Dom Afonso Henriques de Borgonha o Condado Portucalense se separou definitivamente do Reino de Leão. Pela união matrimonial da Rainha Isabel I de Castela e o Rei Fernando II, em 1.469, surgiu o Reino de Espanha. Portugal e Espanha tornaram-se poderosos impérios coloniais no século XVI. Nesse mesmo século a Inglaterra se une ao País de Gales, à Escócia e à Irlanda, formando o Reino Unido, uma grande potência marítima e econômica, nos séculos XVII e XVIII. A França também se constitui progressivamente XV e XVI, e se define como um estado unitário no século XVII, sob os reinados de Luís XIV, Luís XV e Luís XVI.

Juntamente com a unidade e centralização do poder renasce o despotismo⁵². A tirania se instala por toda a Europa, que se vê mergulhada em um terreno de opressão política e social. Sem limites, sem resistência jurídica, o exercício do poder político se concentra nos soberanos que assumem o governo dos principados recém criados.

Esses governantes, representantes das forças ideológico-religiosas e econômico-feudais, invocam a legitimidade e a autoridade para constituírem Estados soberanos e independentes, formados a partir da reunião de alguns elementos: um povo, unido por semelhanças lingüísticas e culturais; um território, definido por limites geográfico-espaciais; um governo, determinado a partir da conjugação dos interesses de esferas políticas, econômicas e ideológicas; e a soberania, ou seja, independência em relação ao exercício do poder de outros Estados. Trata-se do amálgama necessário para a construção da idéia do Estado moderno soberano: o Estado absolutista.

Certamente, um dos maiores expoentes da teoria política do absolutismo⁵³ foi o inglês Thomas Hobbes⁵⁴, nas célebres obras *De Cive* e *O Leviatã*. Hobbes fundamenta a origem do Estado a partir de uma perspectiva contratualista, que está diretamente relacionada à natureza do ser. Para o filósofo, a função do Estado, em sua origem, decorre justamente da necessidade de se impor a vontade do governante sobre todas as demais, mediante a força e a violência para garantir a pacificação social pelo medo. Isso porque, o homem dissociado, não governado, fora do Estado, em seu estado de natureza, é um ser vil e egoísta.

⁵² Bobbio (1992, p. 339) assim define *despotismo*: "(...) significa, em sentido específico, a forma de Governo em que quem detém o poder mantém, em relação aos seus súditos, o mesmo tipo de relação que o patrão (em grego 'despótes') tem para com os escravos que lhe pertencem. Como se sabe, Aristóteles distingue, desde as primeiras páginas de *Política*, três tipos de relação de domínio: o conjugal, ou do marido sobre a mulher; o paterno, ou do pai sobre os filhos; e o patronal ou despótico, que é o do patrão sobre os escravos. (...) Despotismo é polemicamente usado para indicar qualquer forma de Governo absoluto, sendo muitas vezes sinônimo de tirania, ditadura, autocracia, absolutismo e outras formas semelhantes. (...) Despotismo, ditadura, autocracia têm de comum serem formas de Governo em que o detentor do poder o exerce sem limites de leis naturais, consuetudinárias, impostas por órgãos *ad hoc*, etc., isto é, detém um poder absoluto, ou *legibus solutus*, e arbitrário."

⁵³ Segundo Hobbes (1988, p. 61) diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordou e pactuou, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

⁵⁴ Obviamente, Hobbes não foi o único entusiasta do exercício absoluto e concentrado do poder político. Jean Bodin (*Os Seis Livros da República*), Jean Jacques Bénigne-Bossuet (*Política Segundo a Sagrada Escritura*) e Hugo Grotius (*Direito de Paz e de Guerra*) são igualmente referenciados como artífices do absolutismo no período de formação dos estados nacionais.

Tomado em sua individualidade natural o ser não é capaz de conviver com o semelhante civilizadamente.

Em célebre passagem de *O Leviatã*, Hobbes (1988, p. 48) descreve esse estado com as seguintes palavras:

E dado que a condição do homem (...) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança e viver todo o tempo que geralmente a natureza permite o homem viver.

Então, de acordo com Hobbes, é preciso que haja o Estado armado, com espada, para obrigar os homens a respeitarem-se mutuamente. Pela tradição contratualista, são os próprios homens que instituem a organização estatal, submetendo-se à governança de um soberano. A pacificação social, portanto, decorre de um acordo de renúncias mútuas e recíprocas, e de concessão do poder político e jurisdicional ao ente maior⁵⁵.

Em outra obra, dedicada exclusivamente ao pensamento do filósofo inglês, Bobbio (1991, p. 67) associa o surgimento do Estado ao exercício do poder absoluto:

A luta do Estado moderno é uma longa e sangrenta luta pela unidade do poder. Esta unidade é o resultado de um processo simultâneo de libertação e unificação: de libertação em face de uma autoridade tendencialmente universal, que, por ser de ordem espiritual, proclamava-se superior a todo poder civil; e de unificação em face das instituições menores, associações, corporações, cidades, que constituíam, na sociedade medieval, um perigo permanente de anarquia. Em consequência desses dois processos, a formação do Estado moderno coincide com o reconhecimento e com a consolidação da supremacia absoluta do poder político sobre qualquer outro poder humano. Esta supremacia absoluta se chama soberania. E esta significa, diante do exterior, em relação ao processo de unificação,

⁵⁵ Bobbio (1995, pp. 12 e 13) estabelece uma estreita relação entre poder absoluto, soberania e direito, em Hobbes, quando afirma que: "No final desse processo de unificação da sociedade medieval dispersa e fragmentária, apresenta-se a seguinte situação que caracteriza, mesmo de maneira esquemática (...), a natureza do Estado absoluto; sob o ponto de vista do direito, a monarquia absoluta é a forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei. Nestas condições entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque tornou-se definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como *legibus solutus*. A melhor e mais coerente expressão do Estado absoluto encontra-se no pensamento político de Thomas Hobbes, cujas teorias políticas adquirem um valor de paradigma."

superioridade do poder estatal sobre qualquer outro centro de poder existente num determinado território.

Thomas Hobbes é o grande teórico – o mais lúcido e o mais conseqüente, o mais radical, sutil e temerário – da unidade do poder estatal (...).

Essa perspectiva hobbesiana enaltece acentuadamente o próprio organismo estatal que se constitui a partir do poder político exercido pelo soberano. Trata-se de uma fundamentação política que legitima a concentração do exercício do poder na pessoa do monarca.

Esse florescimento do Estado absoluto, associado a outros fatores de ordem econômica, epistemológica, religiosa, filosófica, promoveu uma intensa movimentação na Europa nos séculos que se seguiram, culminando com a mais revolucionária confrontação teórica política da era Cristã: a luta pela defesa da liberdade do indivíduo em resistência ao poder político absoluto. Foi o passo decisivo para o surgimento da Constituição como instrumento de limitação o poder, declaração de direitos individuais fundamentais e organização das funções estatais, incluindo a jurisdicional⁵⁶.

Como bem observa Tavares (2002, p. 04), é ainda na idade média que o constitucionalismo⁵⁷ se destaca como um movimento de conquista de liberdades individuais, com a aparição de uma Magna Carta, na Inglaterra de 1.215, que não se limitou a impor balizas para a atuação soberana, mas também representou o resgate de certos valores, como garantir certos e específicos direitos individuais em contraposição à opressão estatal.

⁵⁶ Nesse sentido, Marés (2003, pp. 232 e 233) afirma que: “O sonho que inspirou o estado contemporâneo nasceu na Europa e foi sendo disseminado por todo o mundo não sem guerras, revoluções e imposições, tornando-se em alguns lugares e para alguns povos em longo pesadelo. Foram trezentos anos de elaboração teórica e luta prática que marcaram os séculos XVI, XVII e XVIII na Europa e que mudara os conceitos de ciência, religião e política. Copérnico, Lutero e Hobbes são apenas três nomes que apresentaram e demonstraram teorias e propostas de inovação ao mundo a que se convencionou chamar de civilizado. Outros nomes foram se agregando, Locke, Morus, Rosseau, Bodin, Calvino, Galileu, Montesquieu, Bartolomé de Las Casas e uma interminável lista complementando um pensamento que teria como resultado a criação do estado contemporâneo assentado num sistema jurídico que pretendia ter regras claras e de execução. No final do século XVIII, a revolução francesa inaugurou formalmente este Estado, fundado na Constituição que o organiza e descreve, garantindo os direitos dos cidadãos. Chamar este ato formal de “Constituição” revela a idéia de que antes dele, Estado não havia. Constituir quer dizer fazer, organizar, dar nascimento. Um Estado que tem constituição é o que foi feito, organizado, nasceu. Os pensadores deste novo Estado imaginavam que ele não poderia existir se o povo não lhe outorgasse livremente suas prerrogativas e poderes, isto quer dizer que todos os poderes e todas as prerrogativas pertenciam ao povo, como direito natural.

⁵⁷ De acordo com o Dicionário Político de Bobbio (1992, pp. 246 a 248): “Constitucionalismo é um termo bastante recente no vocábulo político italiano e o seu uso não está ainda totalmente consolidado. (...) Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. (...) Por outro lado, afirmou-se que o Constitucionalismo representa o Governo de leis, e não de homens, da racionalidade do direito e não do mero poder.”

Os reflexos desse processo de transformação social são percebidos em todas as áreas das ciências sociais e humanas a partir dos séculos XVII e XVIII, e assim também no direito, a ponto de Luhmann (1983, p. 234) identificar nesse cenário um novo paradigma jurídico, denominando-o de direito positivado moderno, distinto do direito antigo e do direito arcaico ou primitivo. O sociólogo alemão registra que apesar do direito ateniense e romano basear-se, assim como o direito moderno, na escrita e, portanto, na codificação, a vigência desses modelos é vista como invariante ou normas invariantes. Didaticamente, LUHMANN (1983, p. 234) anota:

De forma semelhante à passagem do direito arcaico da auto-defesa para o direito das culturas avançadas, novas situações-problema e novas necessidades de decisão da economia comercial, da propriedade individual da terra, da proteção dos pobres e fracos, e do *status* relevante política e militarmente induziram a substituir o antigo direito unitário por uma diferenciação entre direito civil e direito pessoal; agora o papel condutor cabe aos problemas que têm que ser decididos em termos de direito público (...).

E, complementa (1983, p. 235):

A instauração de processos legislativos como componente institucional da vida político-estatal é uma condição imprescindível para a reorientação global do direito em termos de positivação, no sentido de uma premissa para decisões.

Para o autor, ainda, o processo de positivação da modernidade, inicialmente, encontra sustentação em uma relação hierárquica entre as fontes e os tipos de direito, e na legitimidade instauradora do processo legislativo como componente funcional permanente do aparelhamento do Estado (1983, p. 235). O poder político, antes concentrado de forma ilimitada nas mãos do monarca, agora repousa nas mãos dos governados, institucionalmente organizados, sob a égide da lei e da soberania popular⁵⁸.

Forma-se a noção de Estado de direito, ou seja, que o Estado é governado sob a égide da vontade da lei, originária de um processo legislativo de bases representativas, e não mais, e simplesmente, da vontade do rei. A lei é

⁵⁸ Marés (2003, p. 233) acrescenta: "A concepção da organização social imediatamente anterior, dos reis despóticos, era fundada em direitos divinos, místicos ou religiosos e, portanto, a soberania descenderia não dos poderes do povo e de sua vontade, mas de inspiração divina, ainda no século XIV havia autores que defendiam esse direito divino dos reis. A idéia nova era de que o direito dos governantes não podia mais provir dos deuses, mas dos governados, (...). Exatamente por isso, esse direito dos governantes é humano, civil, fruto de mútuo acordo ou pacto, como dizia Las Casas. Ao pacto, no século XVIII, se deu o nome de constituição. Todos os poderes do povo livre seriam transferidos ao Estado ou expressos na sua Constituição que, por sua vez, não poderia admitir nenhum poder que a subjugasse, salvo a vontade do próprio povo. A supremacia da Constituição, nesta concepção, seria a única garantia da manutenção da soberania popular."

produzida dentro da própria ambiência estatal, com a participação popular, ainda que indireta, e o processo de sua criação regulado por uma norma suprema, a Constituição, que institui o próprio Estado e, portanto, o direito vigente, modificável a partir de sua própria autorização. Uma autopoiese que, ao mesmo tempo, limita o exercício do poder político do governante (mero exercente de funções políticas em favor do titular) e o institucionaliza, retirando-o das mãos de uma pessoa e atribuindo-o à própria organização estatal.

Nesse contexto, de profundas transformações políticas organizacionais, a Inglaterra e a França transformam-se no berço das inquietações que vieram a culminar no desenvolvimento dessas novas teorias filosóficas e jurídicas. No plano político o liberalismo e no plano jurídico o constitucionalismo. Novos referenciais para uma nova ordem social e para um novo direito.

John Locke inaugura a defesa da formação de um Estado para garantir e salvaguardar a liberdade, a igualdade e a propriedade dos indivíduos, condição da própria natureza humana, segundo o pensador inglês. Contrariando o pensamento hobbesiano⁵⁹, Locke propugna um estado de natureza relativamente pacífico que leva os homens a estabelecer um contrato social objetivando superar inconvenientes decorrentes da vida em comunidade.

Em um dos capítulos mais referenciados do clássico *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, publicado em 1.690, John Locke (1994, p. 132) exalta a sociedade política, derivada desse pacto associativo-constitutivo do Estado, a legítima detentora do poder de pacificação de conflitos sociais e, portanto, do poder jurisdicional.

Aliás, Locke estabelece como critério de reconhecimento da sociedade política a constituição de um organismo judiciário, responsável pela pacificação dos conflitos. O raciocínio de Locke (1994, pp. 132 e 133) é lógico-dedutivo:

⁵⁹ Mello (2000, p.86), no texto intitulado *John Locke e o individualismo liberal*, faz uma simples e didática contraposição dos contratos sociais pensados por Locke e Hobbes: "O contrato social de Locke em nada se assemelha ao contrato hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um *pacto de submissão* pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. (...) Em Locke, o contrato social é um *pacto de consentimento* em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário."

O homem nasceu, como já foi provado, com um direito à liberdade perfeita e em pleno gozo de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, assim como qualquer outro homem ou grupo de homens da terra; a natureza lhe proporciona, então, não somente o poder de preservar aquilo que lhe pertence – ou seja, sua vida, sua liberdade, seus bens – contra as depredações e as tentativas de outros homens, mas de julgar e punir as infrações daquela lei em outros, quando ele está convencido que a ofensa merece, e até com a morte, em crimes em que ele considera que a atrocidade a justifica. Mas como nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade, e, para isso, punir as ofensas de todos os membros daquela sociedade, só existe uma sociedade política onde cada um dos membros renunciou ao seu poder natural e o depositou nas mãos da comunidade em todos os casos que o excluam de apelar por proteção à lei por ela estabelecida; e assim, excluído todo julgamento particular de cada membro particular, a comunidade se torna um árbitro; e, compreendendo regras imparciais e homens autorizados pela comunidade para fazê-la cumprir, ela decide todas as diferenças que podem ocorrer entre quaisquer membros daquela sociedade com respeito a qualquer questão de direito e pune aquelas ofensas que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade, com aquelas penalidades estabelecidas pela lei; deste modo, é fácil discernir aqueles que vivem daqueles que não vivem em uma sociedade política. Aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com os outros; mas aqueles que não têm em comum nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado de natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor, o que é, como mostrei antes, o perfeito estado de natureza.

Em seguida, Locke (1994, p. 133) complementa, destacando as origens dos poderes legislativo e executivo:

E assim a comunidade social adquire o poder de estabelecer a punição merecida em correspondência a cada infração cometida entre os membros daquela sociedade, que é o poder de fazer leis, assim como também o poder de punir qualquer dano praticado a um de seus membros por qualquer um que a ela não pertença, que é o poder da guerra e de paz; ela o exerce para preservar, na medida do possível, os bens de todos aqueles que fazem parte daquela sociedade. Cada vez que um homem entra na sociedade civil e se torna membro de uma comunidade civil, renuncia a seu poder de punir ofensas contra a lei da natureza na realização de seu próprio julgamento particular, mas tendo delegado ao legislativo o julgamento de todas as ofensas que podem apelar ao magistrado, delegou também à comunidade civil o direito de requerer sua força pessoal, sempre que quiser, para a execução dos julgamentos da comunidade civil; que, na verdade, são seus próprios julgamentos, pois são feitos por ele ou por seu representante. Descobrimos aqui a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade civil, que é julgar, através de leis estabelecidas, a que ponto as ofensas devem ser punidas quando cometidas na comunidade social, e também determinar por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias do fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando toda a força de todos os membros sempre que for necessário.

O liberalismo político e o constitucionalismo como referenciais de organização do Estado de direito são as principais heranças dessa importante mudança de paradigma ocorrida na Inglaterra no século XVII, e que acabou se irradiando para os Estados Unidos e França.

O processo de ruptura do modelo absolutista se desencadeou a partir da Revolução Gloriosa de 1.688 e se propalou além-mar, influenciando a revolução de independência norte-americana de 1.776⁶⁰.

E assim como o inglês John Locke, o francês Charles-Louis de Secondat, ou Charles de Montesquieu⁶¹, e Jean-Jacques Rousseau, compartilharam em suas reflexões e registros os fundamentos liberais da limitação do poder. Em suas obras, clássicos da Política e do Direito, referenciais para os estudos sobre o exercício do poder e o direito, os referidos pensadores defendem a idéia de institucionalização do poder jurisdicional como forma de limitação do próprio poder político governamental.

Montesquieu defende a separação entre os poderes, como forma de garantir a própria existência do Estado em *O Espírito das Leis*, obra publicada em 1.748, cujos principais capítulos tomaram como referência experimental o constitucionalismo parlamentarista bicameral inglês. Mais precisamente no capítulo VI, intitulado *Da Constituição da Inglaterra*, Montesquieu (2000, pp. 173 a 175)

⁶⁰ Foi como decorrência dessa insurreição política que os Estados Unidos tornaram-se um país independente, formado pela união de treze colônias, constituindo em 1.787 a primeira república constitucional presidencialista, sob a égide da primeira constituição escrita da modernidade. A revolução republicana americana, por sua vez, influenciou o processo revolucionário francês, de índole burguesa, contra o poder absolutista monárquico governamental. Esses três sistemas (inglês, americano e francês) tornaram-se os referenciais do constitucionalismo moderno, em duas dimensões principais: como movimentos liberais, voltados à proteção de direitos individuais, e como sistemas de controle do exercício do poder político pelo próprio Estado de direito instituído. Traço marcante desse período é a origem notadamente diversa da nova ordem constitucional nesses Estados. Enquanto na Inglaterra o processo de formação de suas instituições constitucionais se deu, principalmente, em uma situação de contínuismo, mantendo o sistema antigo e promovendo as adaptações necessárias às demandas desse novo tempo, na França, por exemplo, houve uma ruptura total com a ordem jurídica reinante, assentando a idéia de um novo Estado, mediante a imposição de uma Constituição escrita que consagrasse valores como a liberdade, igualdade e fraternidade, com a deposição completa da tirânica ordem absolutista lá instalada desde a formação do Estado francês, a partir de Luis XIV.

⁶¹ Julián Marías (2004, p. 289), sintetizando o pensamento jurídico-político de Montesquieu, afirma: “O barão de Montesquieu (1689-1755) significou uma contribuição diferente para o pensamento do iluminismo. É também um engenhoso escritor, sobretudo em suas *Lettres persanes*, em que faz uma crítica cheia de graça e ironia da sociedade francesa de seu tempo. Mas, sobretudo, é escritor político e histórico. Sua principal obra é *L'esprit des lois*. Sua tese é que as leis de cada país são um reflexo do povo que as tem; o naturalismo da época faz com que Montesquieu sublinhe especialmente a influência do clima. Montesquieu conhece três formas de constituição, que se repetem na história; em primeiro lugar, o despotismo, em que só cabe a obediência temerosa; e depois, duas formas de Estado, nas quais descobre um motor história, distinto para cada uma delas. Na monarquia, o motor principal da história é a honra; na república, a virtude. Quando estes faltam em seu respectivo regime, a nação não funciona como deveria. Mediante essa teoria, Montesquieu fornece um complemento decisivo para a idéia de história em Voltaire: um elemento dinâmico que explica o acontecer histórico.”

diferencia o poder executivo do poder jurisdicional, nominando este como *poder de julgar*.

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe, ou o magistrado, elabora leis para um certo tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as existentes. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, impede as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as pendências entre particulares. Chamaremos a este último o poder de julgar e ao outro simplesmente o poder executivo do Estado.

0E sobre a necessidade de separação do poder de julgar dos demais poderes, Montesquieu (2000, p. 174) defende a idéia de um poder autônomo e permanentemente vinculado ao organismo estatal⁶²:

Quando se reúne na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo e o poder executivo não existe liberdade; porque pode-se temer que o próprio monarca, ou o próprio senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não existe liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse unida ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as pendências entre particulares.

Rousseau⁶³, partidário do contratualismo, elaborou dois textos que o alçaram na condição de patrono da Revolução Francesa de 1.789: *Do Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade sobre os Homens* e *Do Contrato Social*. Nesses textos Rousseau discorre sobre a trajetória do homem a partir de seu estado de natureza, de sua condição de liberdade até o surgimento da

⁶² Gomes (1995, p. 20) esclarece que "(...) o que Montesquieu denominou 'poder executivo das coisas que dependem do direito civil corresponde ao que atualmente se denomina Poder Judiciário, o qual tem sua especificidade na função de julgar'."

⁶³ Altavila (1989, p. 176) presta verdadeira reverência a Rousseau quando afirma que: "A seqüência do pensamento universal concordante com os direitos humanos começa verdadeiramente com Rousseau. Ninguém, antes, fizera melhor apologia dos direitos e das liberdades humanas, explanando com clareza e apresentando soluções irrefutáveis e corajosas, capazes de encontrar eco em todas as nacionalidades e em todos os espíritos esclarecidos. O 'Contrato Social' foi uma bíblia política sobre a qual se debruçaram até hoje todas as consciências, encontrando sempre nele soluções imediatas ou convicções consoladoras. Podemos mesmo dizer que os átomos de Rousseau estão palpitando em todas as constituições democráticas de ontem e de hoje, sem que se possa depreender qualquer pensamento de servilismo jurídico."

propriedade. Trata, ainda, das condições de possibilidade de um pacto social legítimo, através do qual os homens, depois de terem perdido sua liberdade natural, ganharam em troca a liberdade civil.

Destaca-se da obra *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens* o pacto de formação da sociedade civil e de atribuição da jurisdição a essa mesma sociedade. Assinala ROUSSEAU (2000, p. 195):

Unamo-nos para defender os fracos da opressão, conter os ambiciosos e assegurar a cada um a posse daquilo que lhe pertence, instituímos regulamentos de justiça e de paz, aos quais todos sejam obrigados a conformar-se, que não abram exceção para ninguém e que, submetendo igualmente a deveres mútuos o poderoso e o fraco, reparem de certo modo os caprichos da fortuna. Numa palavra, em lugar de voltar nossas forças contra nós mesmos, reunamo-nos num poder supremo que nos governe segundo sábias leis, que protejam e defendam todos os membros da associação, expulsem os inimigos comuns e nos mantenham em concórdia eterna.

Emmanuel Kant, quando discorre sobre o poder do Estado (que chama de *cidade*) e sua relação com o direito, cita a tripartição funcional, descrevendo a titularidade do exercício dos poderes e a sua origem⁶⁴. Na primeira parte da *Metafísica dos Costumes*, que veio a lume com o nome de *Doutrina do Direito*, Kant (1993, 152) escreve que:

Uma cidade (*civitas*) é a reunião de um número maior ou menor de homens sob leis de direito. Enquanto estas leis, como leis *a priori*, são necessárias, isto é, derivam espontaneamente em geral (e não por via de disposição legislativa) da noção do direito exterior, a forma da cidade é de uma cidade em geral, isto é, a cidade em *idéia*, como deve ser segundo os princípios de direito puro. Esta *idéia* serve de regra (*norma*) para cada reunião efetiva em república (por conseguinte ao interior). Cada cidade encerra em si três poderes, isto é, a vontade universalmente conjunta numa pessoa tripla (*trias política*): o poder soberano (*soberania*) na pessoa do legislador, o poder *executivo* (segundo a lei) na pessoa do governo e o poder *judicial* (como reconhecimento de o Meu de cada qual segundo a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislatória, rectoria et judiciária*). Isto corresponde às três proposições de um raciocínio prático: à maior, ou princípios, que contém a Lei de uma vontade; à menor, que contém o *preceito* de conduta em consequência da lei, isto é, o princípio da subordinação à lei; e, enfim, à conclusão que contém a sentença, ou o que é de direito nos diferentes casos.

⁶⁴ Mais adiante Kant (1993, p. 156) dá o tom das características principais desses poderes: “É preciso dizer desses três poderes, considerados em sua dignidade, que a vontade do legislador (*legitoris*) com respeito ao que concerne ao Meu e ao Teu exterior é irrepreensível; que o poder executivo (*summi rectoris*) é *irresistível* e que sentença do juiz supremo (*supremi judicis*) é *sem apelação*.”

Essa perspectiva kantiana é a de enaltecimento dos poderes e supremacia da lei da cidade, fruto da vontade soberana originária da reunião de um povo, no exercício de seus atributos: a liberdade, a igualdade civil e a independência civil. E o direito, provido de aparelhagem técnica, aparece, então para Kant, na visão de BONAVIDES (2004, p. 112),

[...] como princípio racional, genérico, válido para todos, desde o momento em que deixa de ser mera pretensão (...), para se converter em possibilidade, (...) amparado já por um poder externo, inviolável, tutelar, criado em benefício de todos, a saber, o Estado-instituição.

Hegel reforçou a idéia de que para que se pudesse dirimir um conflito jurídico era indispensável a existência de um controle do Estado⁶⁵. Segundo MARÍAS (2004, p. 358):

O Estado é a forma plena do espírito objetivo. Hegel talvez tenha sido o primeiro a elaborar uma ontologia do Estado. O Estado é uma criação da razão, e é a forma suprema em que se desenvolve a idéia da moralidade. Hegel não o considera do modo um tanto vazio como o considera Rousseau. É uma realidade objetiva; é uma construção e tem uma hierarquia ontológica superior. No entanto, nenhum Estado concreto realiza plenamente a idéia do Estado. Esta só se realiza no desenvolvimento total da história universal. A *história universal* é o desdobramento da dialética interna da idéia do Estado.

Para Hegel a justiça está politicamente relacionada ao atuar estatal, atrelada à Constituição⁶⁶. A administração da justiça no pensamento de Hegel tem uma dimensão estatal, primordial e ética⁶⁷. O ato de julgar, enfim, passou a ser entendido como um ato de poder, titularizado pelo Estado.

⁶⁵ Fábio Konder Comparato, analisando o pensamento hegeliano, registra que o filósofo concebe a vida ética em três esferas: a família, a sociedade civil e o Estado. Para Hegel, segundo Comparato (2006, p. 313): “A família, a sociedade civil e o Estado só podem ser compreendidos de modo concreto no tempo e no espaço, e não de forma abstrata, como nas concepções tradicionais de um direito natural, sempre igual a si mesmo. (...) A sociedade civil não se opõe à família, mas antes a serve, subministrando-lhe os bens materiais de que ela necessita para subsistir. E ela também pouco precede o Estado, mas é criada por ele. (...) Nessa perspectiva, é preciso evitar, sobretudo, reduzir o Estado – como sempre pregou a ideologia liberal, e como foi vivamente denunciado por Marx – à condição de mero gerente da sociedade civil, a qual, por sua vez, é submetida à dominação burguesa.

⁶⁶ Expondo sua filosofia política, Hegel (*apud* Comparato, 2006, p. 315): “A questão: a quem, a que autoridade – e organizada de que modo – compete *fazer uma Constituição* é a mesma que esta: quem tem de fazer o espírito, como se bem existisse ou tivesse existido sem possuir uma Constituição à sua medida, tal opinião prova somente a superficialidade do pensamento sobre a coerência do espírito, de sua consciência a respeito de si e de sua efetividade. (...) É o espírito imanente e a história – é na verdade a história e somente *sua* história – por quem as Constituições são feitas e foram feitas.”

⁶⁷ Delamar Volpato Dutra, explicando a concepção de Estado, em Hegel, registra que há uma determinação ética no próprio estado. De acordo com Dutra (2006, p. 57): “No âmbito da eticidade, a família e a sociedade civil parecem cumprir o que se poderia chamar hoje de um processo de aprendizagem ou, na linguagem de Hegel, a mediação entre direito abstrato e moralidade. Tal processo pode contar com uma determinação necessária porque Hegel baseia-a no reino das necessidades. Ou seja, a sociedade civil força o indivíduo à atitude performativa de busca do universal, do correto, do justo. No entanto, já há um conteúdo dado pela moralidade, ao modo da eticidade que, em todo caso, não pode ser só formal, ao qual a vontade individual deverá se

Essa perspectiva histórica e dialética hegeliana fundamenta o desenvolvimento das idéias socialistas da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, agigantando a participação do Estado e o seu intervencionismo no processo de solução de litígios.

Bistra Stefanova Apostolova (1998, p. 111), na obra *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*, anota que:

O surgimento do Estado moderno teve a sua expressão jurídica na transformação do direito em uma instituição exclusivamente estatal, garantido o seu funcionamento pela organização da coação centralizada nos órgãos estatais. A existência da garantia jurídica, expressão das qualidades formais do direito moderno, que oferecia segurança para quem dispunha de poder legal no campo do direito pessoal ou real, criou condições propícias para o desenvolvimento do mercado, devido à possibilidade do cumprimento das promessas, seja de modo espontâneo, seja pela intervenção da sanção estatal.

Em seguida, APOSTOLOVA (1998, p. 117) completa:

A característica do direito moderno, referente à sujeição de todos os indivíduos à ordem jurídica vigente em um determinado território delimitado pelas fronteiras do Estado unitário, foi fruto do processo de racionalização agenciado pelo mercado e pela burocracia. Por um lado, observava-se a predominância dos interesses dos detentores do poder econômico, cujo envolvimento na produção industrial exigia como garantia uma regulação jurídica previsível e propiciadora de soluções técnicas e profissionais para a conflituosidade decorrente das relações econômicas. Por outro lado, o poder do soberano e dos seus funcionários da esfera administrativa e judiciária se configurava também como uma força de racionalização no direito na medida em que a sua legitimação estava vinculada ao fortalecimento do direito estatal moderno.

Essa perspectiva filosófica (no plano teórico) e política (no plano pragmático) acabou por influenciar o pensamento jurídico, e conseqüentemente a ciência do direito. As teorias que começam a explicar o direito de ação, por exemplo, sustenta a indispensabilidade da presença do Estado como sujeito imparcial pronto a promover a pacificação social, por intermédio de seus organismos institucionais, tomando-se como paradigma a lei (também fruto de um atuar estatal).⁶⁸.

adaptar. Ao contrário de Marx e Habermas, para os quais o Estado não tem determinações éticas enquanto tal, Hegel concebe no próprio Estado uma determinação ética, permitindo-lhe olhar a sociedade civil com olhos de quem busca estratégias de realização, ao modo da filosofia da história, dos conteúdos já cristalizados na eticidade do Estado. O Estado tem um papel ativo sobre a sociedade civil e não só reativo como em Marx.”

⁶⁸ Luiz Fernando Bellinetti (2001, pp. 260 e 261) sintetiza as teorias que explicam o direito de ação em quatro correntes: “De plano cumpre salientar que em nossos dias é dominante a idéia de que a ação deve ser vista como um direito autônomo, diverso do direito subjetivo material, estando, portanto, já superada a velha teoria civilista (immanentista), razão pela qual iniciarei minha na[lise deste patamar epistemológico. Admitida a

A partir desses filósofos e de outros que trilharam semelhantes jornadas acerca da concepção moderna de Estado e de Direito, a noção do poder de pacificação dos conflitos sociais e, portanto, a idéia de jurisdição passou a estar diretamente associada ao exercício do poder estatal.

Desse processo histórico, sociológico, econômico, filosófico, verifica-se que o Estado moderno constitucional, ao menos teoricamente, surgiu para permitir a existência da sociedade organizada, garantindo a liberdade, a igualdade e a propriedade. A organização do Estado e, portanto, da sociedade, passa a depender, exclusivamente, do Direito.

O Direito⁶⁹, sob esses referenciais da modernidade, é um regramento específico da conduta, tendente a tornar possível a coexistência pacífica e o aperfeiçoamento dos indivíduos. E a jurisdição, sob esse mesmo paradigma, pautada na concepção de Estado de direito, se constitui como o principal mecanismo estatal de pacificação dos conflitos intersubjetivos.

1.6. O MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO E A CRISE DO ACESSO À JUSTIÇA

Vê-se, desde logo e de forma agora conclusiva, que a noção moderna de jurisdição está sempre associada ao exercício do poder pelo ente

concepção autônoma da ação, depara-se com quatro principais posturas em torno do detalhamento de sua arquitetura interna. A *primeira* é a que vislumbra a ação como um direito autônomo, porém *concreto*, ou seja, que a sua existência esteja condicionada à presença de um direito subjetivo material que a enseje. Como defensor dessa tese podemos citar Adolf Wach, que advoga só haver direito de ação quando a sentença é favorável, vislumbrando a ação como um direito público e concreto, que só existe quando há o direito material, em face do qual a ação seria um direito secundário. A *segunda* é a que define a ação como um *direito potestativo*, ou seja, como o poder jurídico de realizar a condição para fazer atuar a vontade da lei, tendo sido desenvolvida por Chiovenda, que à semelhança de Wach também sustentava que a existência do direito de ação dependeria da sentença final, condicionado à sua procedência. (...) A *terceira*, porém, caracteriza a ação como um direito autônomo e *abstrato*, que independe da efetiva existência do direito material. A ação é vista como um direito à manifestação do Estado. Um dos expoentes dessa visão é Carnellutti, que define a ação como a atividade mediante a qual a parte desenvolve a sua colaboração com o juiz para a obtenção da justa composição da lide. Finalmente, a *quarta*, que pode ser denominada *eclética*, tem um cunho pragmático, assumindo o ponto de vista de que o direito de ação é autônomo e abstrato, independente do direito subjetivo material, porém condicionado à presença de certos requisitos, sem os quais não pode ser conhecido o mérito do pedido formulado perante o Estado. Define-se a ação como o direito subjetivo público reconhecido a todo cidadão de obter uma decisão de mérito capaz de compor o conflito de interesses. Foi tal a concepção desenvolvida por Liebman e é a dominante em nosso direito positivo.”

⁶⁹ Luiz Fernando Bellinetti (1994, pp. 21 a 25) define o Direito como o ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercitiva. Para o autor o Direito é um ordenamento, ou seja, um conjunto de regras, que tem por escopo regular a conduta humana, vale dizer, o comportamento das pessoas, através do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos (bilateralidade), que objetivam estabelecer como a pessoa deve agir (exterioridade - pode regular somente a ação e não o pensamento), podendo inclusive compelir a pessoa a adotar a conduta correta mesmo contra a sua vontade (coercibilidade).

estatal, dentro da ambiência constitucional, concepção construída a partir dos referenciais racionalistas e liberais dos séculos XVII, XVIII e XIX.

Gomes (1995, p. 21) expõe uma sintética conclusão sobre o jurisdicional, preferindo denominá-lo *função judiciária*:

Hodiernamente, embora muitas constituições continuem a falar em “divisão de poderes”, segundo a evolução da ciência política e do direito constitucional, mais correto é falar em *divisão de funções*, isso porque o poder, enquanto fenômeno político-jurídico-social é uno, indivisível em seu mais alto grau, que é a *soberania*. Pois, são mesmo características desta para a doutrina dominante: a unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. O que dividem as *funções* do poder, ou seja: a de legislar (função legislativa), a de administrar (função executiva ou administrativa) e a de julgar (função judiciária). Todas elas pertencentes ao mesmo tronco: o poder estatal, e à mesma fonte: o Estado soberano.

Em verdade, várias foram as tentativas de se encontrar um conceito idôneo de jurisdição, na senda das novas perspectivas dos paradigmas estabelecidos pela modernidade. Importantes juristas debruçaram-se sobre o tema formulando as mais variadas teorias. A propósito, Ovídio Baptista da Silva acentua que as doutrinas referenciais sobre a jurisdição foram propostas pelos italianos Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, entre os séculos XIX e XX.

Para Baptista (2000, p. 62), partindo Chiovenda do pressuposto de que no Estado moderno a produção do direito é monopólio do próprio Estado⁷⁰, a jurisdição é *poder de aplicar a lei ao caso concreto*, e que este poder, sendo exclusivo do Estado, se organiza em órgãos especiais (os órgãos jurisdicionais).

Nelson Luiz Pinto (2011, p. 01), assim registra o ensino de CHIOVENDA acerca da jurisdição:

⁷⁰ Segundo Baptista (2000, p. 60): “A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um papel mai acentuado de controle social. (...) A atualidade do problema conceitual da jurisdição deriva de duas questões: a) a teoria constitucional moderna pressupõe, como princípio do Estado democrático, a divisão dos poderes estatais, que deverão ser exercidos por autoridades independentes entre si, de tal modo que as funções administrativas de gestão do próprio Estado, a função legiferante e a função jurisdicional sejam atribuídas a poderes mais ou menos autônomos e independentes. Esse dogma da separação de poderes, segundo o qual os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário haveriam de ser independentes e harmônicos entre si, tem origem próxima na doutrina de Montesquieu, sendo universalizado pela Revolução Francesa. (...) b) por último, é também fundamental a determinação do conceito de jurisdição porque, sendo o direito subjetivo concebido como um poder da vontade de seu titular, que poderá livremente exercê-lo de acordo com suas conveniências, usufruindo ou renunciando às vantagens que a lei lhe confere, ao titular seus próprios interesses, a atividade jurisdicional há de ser sempre provocada pelo titular do direito ou do interesse protegido. A jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado. E o meio através do qual se desencadeia a atividade jurisdicional denomina-se ação.”

A respeito da tutela jurisdicional, colocando esse conceito como função jurisdicional, nos diz Giuseppe Chiovenda, partindo do pressuposto de que a elaboração de leis e a manifestação sobre o direito são monopólios estatais, que “o Estado moderno considera, pois, como sua função essencial à administração da justiça, somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder que se denomina ‘jurisdição’. Para isso ele organiza órgãos especiais (jurisdicionais), o mais importante dos quais são os juizes (autoridades judiciárias). Perante estes deve propor a sua demanda aqueles que pretenda fazer valer um direito em juízo. A tarefa dos juizes é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem existentes como vontade concreta, dado os fatos que eles considerem realmente existentes”.

Dentre as diversas ordens críticas à doutrina de Chiovenda, a que interessa ao debate a seguir proposto, refere-se à idéia de que a aplicação ou realização do direito objetivo não é nenhuma atividade específica da jurisdição. Baptista (2000, p. 65), referenciando o pensamento de Zanzucchi, anota que:

Também os particulares quando cumprem a lei, quer observando seus preceitos imperativos, quer exercendo, em toda a sua extensão e plenitude, atos e negócios jurídicos, desenvolvem atividade tendente a realizar o ordenamento jurídico. Assim como os particulares, igualmente os demais poderes estatais desenvolvem atividade realizadora no ordenamento jurídico. Se, realmente, a função do Poder Judiciário fosse a de realizar o ordenamento jurídico, não compreenderia que sua atividade necessitasse, sempre, do impulso inicial dos particulares, pois não seria compreensível que o Estado organizasse um poder especial com a função de realizar o direito objetivo, e confiasse aos particulares a faculdade de fazê-lo atuar, segundo a sua vontade e interesse.

Já para Francesco Carnelutti a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz decide o direito. Segundo ele, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. Sem lide, Carnelutti entende não haver a necessidade da atuação ou da atividade jurisdicional⁷¹.

Luiz Guilherme Marinoni estabeleceu um comparativo entre essas duas principais teorias acerca da concepção de jurisdição, entendendo-as uma sob um enfoque privatista (perspectiva carneluttiana do conflito intersubjetivo, da lide) e outra sob o enfoque publicista (perspectiva chiovendiana da função estatal de pacificação social). Marinoni (2006, p. 35), nesse passo, alude:

⁷¹ A jurisdição, sob esse enfoque, e nas palavras de Baptista (2000, p. 67) é criada e organizada pelo Estado para pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público.

Carnelutti, entretanto, partiu da idéia de lide – compreendida como conflito de interesses, ou mais precisamente, marcada pela idéia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade – para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença da jurisdição. Havendo lide a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.

É evidente que o ângulo visual de Carnelutti revela uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz. Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão – no conflito de interesses – pela qual as partes precisam do juiz a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes; Chiovenda com a atividade do juiz. Por isso, é possível dizer que Carnelutti enxergava o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva publicista.

De fato, todas as definições de jurisdição têm como elementos básicos a existência de um conflito de interesses, a intervenção do Estado para solucioná-lo, a aplicação da lei e o restabelecimento da ordem jurídica⁷². Conclusivamente, BAPTISTA (2000, pp. 73 e 74) considera:

[...] cremos que as notas essenciais capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou de uma atividade realizada pelo Juiz, devem atender a dois pressupostos básicos: a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo Juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir (...); b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade.

Com efeito, com a estabilização dessas concepções, todas fulcradas nos fundamentos do monopólio do exercício do poder político pelo Estado, a fixação do poder estatal jurisdicional erigiu-se como o único mecanismo integrante da estrutura institucional que pudesse, em caráter substitutivo (ou imparcial como prefere Ovídio Baptista⁷³), garantir a aplicação do direito, principalmente para solução de conflitos específicos.

⁷² No mesmo sentido, mas sob um diferente ângulo, escreve Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 188) sobre jurisdição: “Assim, a jurisdição, é expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso, e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.”

⁷³ Ovídio Baptista (2000, p. 74) assim apresenta a discussão sobre a substitutividade ou imparcialidade do juiz no momento da realização da jurisdição: “Ao realizar o ato jurisdicional, o Juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse tutelado. Como observa Micheli (‘Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria’, *Revista di Diritto Processuali*, v. 4, p. 18), não é tanto o caráter de substitutividade, como afirmava Chiovenda, que define jurisdição, mas seu caráter de imparcialidade. ‘A norma a aplicar é, pois, para a administração pública, a regra que deve ser seguida para que uma certa finalidade seja alcançada; a mesma norma é, para o órgão jurisdicional, o objeto de sua atividade institucional, no sentido de que a função jurisdicional se exercita com o único fim de assegurar o respeito ao direito subjetivo. O Juiz, por conseguinte, é portador de um interesse público na observância da lei’. (Micheli, *Curso de derecho procesal civil*,

Aqui reside a idéia central de que jurisdição é, ao mesmo tempo *poder, função e atividade* do Estado. Como asseveram Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 131):

É uma das funções do Estado mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflitos para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que refere o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente instaurado (devido processo legal)⁷⁴.

Nessa trilha de entendimentos uniformes no âmbito do direito processual, a jurisdição se revela como a função do Estado, mediante a qual este se substitui⁷⁵ aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve com justiça.

E mais: o agir estatal jurisdicional depende de provocação, iniciativa da parte interessada. Os conflitos somente serão compostos pelo exercente do poder jurisdicional, quando a este encaminhado, em procedimento, rito e forma

v. 1., p. 7), enquanto o administrador, quando cumpre e realiza o direito objetivo, tem posição similar à de qualquer particular.”

⁷⁴ Vicente Greco Filho (2003, p. 167), no mesmo sentido: “Resumidamente, poder-se-ia deixar como estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Este conceito engloba a definição de Chiovenda e a de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam. A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.”

⁷⁵ O caráter de substitutividade da vontade privada pelo atuar estatal tem origem nas leis draconianas da Grécia antiga, e é assim propalado, na atualidade, por Freitas Câmara (2008, p. 66): “Tal característica da jurisdição decorre do fato de originariamente ter cabido aos próprios interessados a função de tutela dos interesses. No início do desenvolvimento do Direito, a regra era a autotutela. Em determinado momento da evolução da consciência jurídica, porém, viu-se que a justiça não podia ser feita se tivesse o perfil de vingança que adquiria por ser feita de mão própria pelo titular do interesse lesado. Desta forma, proibiu-se a autotutela, a qual é possível hoje apenas em hipóteses excepcionais (...). Tendo sido proibida a autotutela, passou o Estado a prestar a jurisdição, substituindo a atividade das partes e realizando em concreto a vontade do direito objetivo. Em outros termos: o Estado, ao exercer a função jurisdicional, está praticando uma atividade que anteriormente não lhe cabia, a defesa de interesses juridicamente relevantes. Ao agir assim, o Estado substitui a atividade das partes, impedindo a justiça privada.”

adequados. O Estado, portanto e partir de então, realiza o poder jurisdicional, mediante o agir da parte interessada, até para que a ele (Estado) não se impute a tomada de posição de um, em desfavor de outros. Como um pai que, apreciando a discórdia entre filhos, aguarda uma autocomposição antes de tomar uma iniciativa decisória, apenas se chamado para intervir no conflito.

No entanto, se a modernidade consolidou o fenômeno jurisdicional como poder, função e atividade do Estado, a contemporaneidade passou a exigir novas propostas solucionadoras dos conflitos sociais. Com uma estrutura organizacional burocratizada, o Estado não se incumbiu de promover, com eficiência e qualidade, um efetivo acesso à justiça⁷⁶.

O ente estatal passou a concentrar a quase totalidade dos conflitos sociais e suas estruturas (burocráticas e formalistas, na grande maioria das vezes) passaram a sofrer com a inoperância sistêmica. Os movimentos sociais do século XX impuseram ao Estado a obrigação de, intervindo nas relações individuais e protegendo os desvalidos, promover efetivo acesso à justiça, nas mais diversas esferas sociais.

De acordo com CARNEIRO (2003, pp. 20 e 21):

A partir da segunda metade do século XIX, e já no início do século XX, principalmente com a influência da filosofia marxista, de fundamental importância para uma série de conquistas sociais que se seguiram, justamente pelas mazelas do capitalismo, da concentração de riqueza, da exploração dos trabalhadores, o grande empobrecimento da maioria do povo, tivemos uma nova disputa – burguesia *versus* proletariado – entre a classe abastada e a classe obreira. (...) A nova ordem resgata a dimensão social do Estado, com mais intensidade no que concerne à ordem jurídica. O Estado administrador assume feição cada vez mais intensa, notadamente protetiva. O modelo racionalista, a que basta a igualdade meramente formal e que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações, não mais satisfaz e é substituído por um novo modelo que vai buscar a igualdade material, e utilizar-se-á cada vez mais de conceitos jurídicos imprecisos (também chamados conceitos jurídicos indeterminados), o que exige uma atuação mais efetiva do controle do poder, que será efetuado pelos juízes, os quais deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei.

⁷⁶ A concepção de acesso à justiça, a bem de ver, acabou se reduzindo à declaração do conteúdo da lei. Segundo Carneiro (2003, pp. 17 e 18): “Surge então uma situação paradoxal. Ao mesmo tempo em que a Constituição do Estado (o novo modelo de organização social) assegura, ao menos formalmente e em tese, a igualdade entre os indivíduos, o que deveria também em tese, assegurar um igual acesso à justiça, a realidade era bastante diversa. Deveras, a minimização do Judiciário conduz a uma ausência de preocupação com a questão do acesso. Em uma palavra: se a instância judiciária não é importante, porque se preocupar com o acesso?”

Aqui, pois, se identifica o berço do direito das relações de consumo, que surgirá nas décadas seguintes, como fruto do próprio desenvolvimento das relações comerciais, da produção massificada e da consolidação do capitalismo no mundo.

A jurisdição acompanha esse processo, passando a ter papel decisivo, pois o Judiciário passou a ser chamado cada vez mais para corrigir as distorções econômicas, sociais e políticas que marcaram o século XX. Carneiro (2003, pp. 25 e 26), complementando o raciocínio, registra:

[...] o Poder Judiciário volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento. Ao Judiciário compete assegurar o exercício pleno da liberdade (herança do pensamento liberal), e também as condições materiais para esse exercício. Anote-se que ao mesmo passo em que se valoriza a solução pública, através do Judiciário, das controvérsias sociais, também existe uma tendência de se adotarem resoluções alternativas de conflito, de natureza pública e privada. Não se pode deixar de consignar, contudo, que sempre existirá um núcleo de questões que terá seu foro de resolução no Judiciário. Em curto espaço de tempo, o Judiciário converte-se, realmente, em instância de solução de conflitos de toda espécie. Passa a haver uma demanda muito grande por justiça.

A dinâmica histórica da jurisdição, construída a partir da experiência política e econômica humana, de suas inquietações para a promoção da solução de seus próprios conflitos revela, como visto, a incessante busca pela adequação dos instrumentos de composição de lides às contingências históricas, econômicas e políticas.

Desde a primitividade, passando pela antiguidade, pela medievalidade, até a modernidade, a jurisdição sempre se revelou como o indispensável e principal mecanismo de acesso à justiça (apesar das variações axiológicas do conceito de justiça ao longo dos tempos), porquanto a promoção da paz social nunca deixou de ser uma função dos organismos políticos estatais.

Mas, com a consolidação do Estado Social e, em seguida, com o Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, que a jurisdição passou a sofrer o paradoxo de, ao mesmo tempo, ser considerada (como poder e função) a única instância capaz de corrigir as distorções produzidas pelo sistema econômico e político na sociedade, e (como atividade) a principal responsável por uma efetiva crise de acesso à justiça.

Enfim, a jurisdição continua sendo, certamente, o mais importante mecanismo de pacificação social e de solução de conflitos na sociedade hodierna. O mais importante; não o único. É nesse contexto que se abrem novamente as portas para a arbitragem, mecanismo de solução de conflitos que até a modernidade acompanhou a jurisdição com o propósito específico de promover a pacificação social, mas que com o monopólio da solução de conflitos pelo Estado, deixou de ter a relevância e o merecido reconhecimento como um importante instrumento de composição de lides.

Agora, quando se percebe que o Estado tem sérias dificuldades de, monopolisticamente, promover efetivo acesso à justiça a partir da utilização exclusiva de seu aparato jurisdicional, retoma-se a proposta de composição arbitral de lides.

Jurisdição e arbitragem, em tempos hodiernos (e dada a nova ordem econômica, social, política e jurídica global) devem ser, portanto, analisados como mecanismos harmônicos (não concorrentes) para a promoção de acesso à justiça, respeitando-se as suas variantes sistêmicas e sempre, obviamente, os limites impostos pelas Constituições e legislações infraconstitucionais que as regulam.

2 ARBITRAGEM: ALTERNATIVA PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS

A compreensão da relevância do papel da arbitragem no âmbito da pacificação das relações de consumo, especialmente nesse momento de profundas transformações pelas quais a sociedade vive, exige, primeiramente, uma análise dos pressupostos gerais do instituto.

A arbitragem é, sem dúvida alguma, um mecanismo de solução de conflitos, assim como a jurisdição estatal. A sua origem remonta aos momentos históricos já esboçados no primeiro capítulo. Hoje, a arbitragem se constitui, efetivamente, como uma relação jurídica pela qual as partes litigantes concordam em submeter um conflito à apreciação e julgamento de um terceiro, assim eleito pelos interessados, a quem a lei outorga o poder de dizer o direito.

Segundo CACHAPUZ (2000, p. 22):

A arbitragem é, pois, uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

O objetivo da emissão do juízo arbitral é o mesmo da sentença judicial, isto é, a pacificação de um conflito de interesses em face das disposições constantes do ordenamento jurídico. O juízo sentencial arbitral decorre da vontade manifestada pelas próprias partes de escolher um particular (árbitro) para decidir o conflito, depositando sobre ele a confiança de ser o juiz da causa. Essa confiança se pauta em critérios de personalidade, na experiência e no conhecimento que presumivelmente o árbitro possui para resolução de determinado litígio.

Como visto no primeiro capítulo, foi a partir da modernidade que o Estado começou a desempenhar, com absoluto monopólio, o papel de agente pacificador de lides, pelo exercício da jurisdição. Um poder outorgado aos magistrados, que passaram a exercer a função de composição de conflitos em caráter profissional, no âmbito de organismos constitucionalmente arquitetados para esse fim específico.

Como anota APOSTOLOVA (1998, p. 111):

O surgimento do Estado moderno teve a sua expressão jurídica na transformação do direito em uma instituição exclusivamente estatal, garantido o seu funcionamento pela organização da coação centralizada nos órgãos estatais.

Investido pela lei, o juiz, com absoluto monopólio, se tornou sinônimo de justiça. E é por intermédio dessa investidura, segundo Gomes (1995, p. 52), “que o juiz se torna partícipe do poder estatal, ao ser-lhe conferida a jurisdição. (...) o Estado ao conferir ao juiz o poder jurisdicional fê-lo para que o exerça em nome do Estado, segundo as normas constitucionais deste”.

Essa concepção monopolista do exercício exclusivo do poder jurisdicional pelo Estado fundamenta um já prolongado dissenso acerca da natureza jurídica do instituto da arbitragem. Considerando as lições até agora apresentadas sobre as noções modernas e contemporâneas de *jurisdição*⁷⁷, e considerando ainda o aspecto marcadamente privatista da arbitragem, segundo a grande maioria dos processualistas a via arbitral de solução de conflitos não se categoriza como espécie de mecanismo jurisdicional, não integrando, assim, o conceito moderno de jurisdição.

Em verdade, o debate sobre a natureza jurídica da arbitragem encerra, basicamente, três posições: a primeira entende que a arbitragem origina-se de uma convenção e, portanto, tem natureza privatista⁷⁸. A segunda, exposta por Cachapuz (2000, p. 52), defende que *uma vez constituído o juízo arbitral, as partes se submetem à sentença arbitral proferida por força de disposição legal, tendo, portanto, natureza publicista*⁷⁹. A terceira, enxerga na arbitragem um instituto *sui*

⁷⁷ Segundo Giuseppe Chiovenda, citado por Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 66), “jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos.”

⁷⁸ Essa perspectiva privatista é assim explicada por Cretella Neto (2009, p. 18): “A primeira vertente vislumbra no instituto natureza jurídica de *obrigação criada por contrato*, tendo por consequência todas as derivadas dos pactos em geral. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, como os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

⁷⁹ Ainda Cretella Neto (2009, pp. 14 e 15): “A segunda corrente entende que a arbitragem tem natureza jurídica jurisdicional, dado que equivale à função desempenhada pelo Poder Judiciário. Não se refuta a fundamentação oferecida pelos contratualistas, mas entende que também o árbitro, à semelhança do juiz togado, é dotado de *ius dicere*, conquanto sua jurisdição se inicie com a indicação pelas partes, e termine imediatamente, ao ser prolatado o laudo, posto que tem caráter *ad hoc*. Equipara-se ao poder estatal de julgar, pois na arbitragem estão contidos os mesmos elementos daquela: a *notio* (poder contido na jurisdição), a *vocatio* (poder para convocar as partes), a *coertio* (poder para dispor de força para obter o cumprimento das ordens e diligências decretadas durante o trâmite, se bem que necessitando da devida intervenção estatal), a *iuditium* (poder de proferir decisão

generis, abrangendo tanto aspectos contratuais como jurisdicionais⁸⁰.

Segundo MARTINS (1999, p. 38):

Adotaram a doutrina privatística os italianos Satta, Chioyenda, Alfredo Rocco, Calamandrei, Scaduto, Solarce, Lipari, Betti, Mattiolo, Menestrina, Angelotti e os alemães Weismann e Wach. Seguiram a teoria publicista os italianos Mortara, Giuseppe Saredo, Bonfante, Hugo Rocco, Galante, De Palo, Pipia, Fedozzi, Ghirardini, Codovilla, Minozzi, Vocino, Cogliolo, Jamalio, Di Blasi, D'Onofio e o alemão Bülow.

Nesse momento, parece oportuno apresentar o posicionamento sistêmico de Ricardo Ranzolin, para quem arbitragem e jurisdição, em que pese espécies do gênero *mecanismo de solução de conflitos* não se confundem, nem se hierarquizam. Construídos esses sistemas sob os mesmos moldes arquetípicos⁸¹, suas premissas de aplicação são distintas, seus elementos de composições igualmente dessemelhantes, e os princípios que os orientam, da mesma forma, não são os idênticos. Para RANZOLIN (2010, p. 14):

A natureza jurídica da arbitragem, à luz da perquirição de sua eventual jurisdicionalidade deve ser averiguada a partir da análise de cada sistema jurídico em particular, tendo em conta que tanto arbitragem como jurisdição são designações polissêmicas, bastante relativizadas pelas circunstâncias de cada ordem jurídica localizada no tempo e no espaço.

O conceito clássico de jurisdição não foi suficientemente influenciado pelo atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais constitucionais, pelos quais a jurisdição só pode ser concebida a partir das garantias ao devido processo legal e da forma pela qual cada ordem constitucional em particular estrutura o direito fundamental à obtenção da prestação jurisdicional.

A Constituição brasileira contém traço peculiar, pois, além de expressamente atribuir ao Poder Judiciário a exclusividade da prerrogativa da prestação jurisdicional através do processo judicial, ainda define restritivamente os seus órgãos, depreendendo-se concepção de jurisdição

acerca do mérito, pondo fim ao litígio) e a *executio* (poder de obrigar o vencido à execução da decisão). Essa tese publicista da arbitragem não deixa de reconhecer que esta repousa em convenção arbitral, mas entende que, uma vez firmada, nasce a jurisdição do árbitro, o que demonstraria preponderante caráter jurisdicional da arbitragem (...).

⁸⁰ Um posicionamento bastante recente nesse sentido é o de Dinamarco (2009, pp. 38 e 39), como segue: “Carlos Alberto Carmona vem sustentando a natureza jurisdicional da arbitragem, conceito com o qual concordo ao menos em parte. Já ao prefaciar o primeiro de seus livros a respeito do tema, manifestei simpatia por essa idéia, asseverando que ‘se o poder estatal é exercido, *sub specie jurisdictionis*, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se, afinal, a arbitragem também visa esse objetivo, boa parte do caminho está vencida, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem’. Mais recentemente, tenho pensado em uma natureza *parajurisdicional* das funções do árbitro, a partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo *jurídico* de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo *social* pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.

⁸¹ Para Ranzolin (2010, p. 14): “A arbitragem se estabelece mediante escolha expressa das partes e segue o mesmo modelo arquetípico do processo judicial: atuação de um terceiro imparcial, que profere julgamento racionalmente fundamentado, dentro dos princípios de igualdade de tratamento das partes e oportunidade para defesa e produção de provas, configurando um microssistema próprio de solução de controvérsias.”

vinculada diretamente ao caráter estrutural da investidura *numerus clausus* dos órgãos do Poder Judiciário.

As distinções, dentre outros aspectos, também estão na seara procedimental. O mesmo autor exalta que no campo da jurisdição estatal visualiza-se a relação jurídica processual, que elimina um vínculo direto formado entre as partes e institui um liame entre o Estado e os sujeitos processuais. De outro modo, na arbitragem, o liame é intersubjetivo, e a constituição de um terceiro com poder de julgar, o árbitro, é uma decorrência dessa relação pessoal. RANZOLIN, nesse sentido, escreve (2010, p. 15):

Diferentemente do processo judicial, em que normas de ordem pública fundamentam integralmente as relações jurídicas processuais, a ponto de não haver relação jurídica processual entre as partes, mas apenas delas para com o Estado (Poder Judiciário) e deste para com elas, na arbitragem as relações jurídicas obrigacionais derivadas da convenção arbitral se estabelecem inclusive entre as partes.

O posicionamento de Ranzolin, no sentido de separar categoricamente a jurisdição e a arbitragem a partir de uma visão sistêmica, e considerando as particularidades de cada instituto, alimenta o debate sobre a natureza jurídica da arbitragem. A informalidade e a liberdade com que os órgãos arbitrais podem ser constituídos e organizados, para esse autor, não se amoldam de forma alguma à rigidez constitucional (necessária e indispensável) para o exercício da atividade jurisdicional⁸².

Essa perspectiva, obviamente não encerra a discussão sobre a natureza jurisdicional da atividade arbitral, mas enaltece o que é mais importante no debate: a harmonização da jurisdição e da arbitragem como mecanismos de solução de conflitos e acesso à justiça, respeitando-se as particularidades e dessemelhanças de cada um dos sistemas. Conforme RANZOLIN (2010, p. 14):

⁸² Tecendo severas críticas à visão publicista da arbitragem, que ganhou grande adesão com a promulgação da Lei 9.307/96, Marinoni (2008, p. 150) adverte: “Afirmou-se, logo após a publicação da referida lei, que não é possível excluir da jurisdição (entendida como Poder Judiciário) o julgamento de um conflito e, portanto, que tal lei era inconstitucional. Em resposta, foi dito que a atividade do árbitro também é jurisdicional e, assim, que as dimensões da jurisdição teriam sido ampliadas, o que daria legitimidade constitucional ao julgamento do árbitro. Ocorre que a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. Contudo, em razão de uma primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem, a doutrina, após a publicação da mencionada lei, *passou a imaginar que a legitimidade da exclusão do Judiciário em relação aos conflitos dirimidos pelo árbitro fosse a atribuição de natureza jurisdicional à sua atividade.*”

Em face dessa rigidez do texto constitucional, descabe leitura da legislação ordinária no sentido de que o processo arbitral pudesse ser confundido com espécie do gênero processo judicial ou de que a atividade do árbitro pudesse ser compreendida como jurisdicional. A escolha pela arbitragem configura a escolha por outra via de solução de controvérsias, que não se confunde com a via judicial estatal.

Isto não quer dizer que somente atividades dos órgãos do Poder Judiciário são juridicamente aptas à finalidade de solucionar conflitos. A atuação do árbitro também pode fazê-lo, mas sua eficácia não advém de fracionamento do poder jurisdicional. De fato, a arbitragem faz as vezes do processo judicial, mas sob a órbita jurídica de um microsistema privado de solução de controvérsias.

E conclui o referido autor (2010, p. 16):

Não obstante suas distinções, a via do processo judicial e a via da arbitragem se inserem em um sistema jurídico uno, que garante tanto o direito à opção pela convenção arbitral, quando couber, como também o direito a não opção por ela. Há, assim, uma imposição teleológica de harmonia entre ambas as formas de obtenção de justiça, sem que isto implique hibridização das suas naturezas.

De fato, há uma sintomática harmonia entre arbitragem e a jurisdição no Estado Democrático de Direito brasileiro, principalmente com a organização sistêmica conferida pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), como adiante se demonstrará.

Portanto, à vista desse parecer, são despropositadas construções comparativas entre arbitragem e jurisdição, no sentido de tentar enquadrar a primeira como espécie ou subespécie da segunda. Categoricamente, ambas podem ser identificadas como microsistemas de soluções de conflitos, de pacificação social e de acesso à justiça, com as suas peculiaridades e diferenças, segundo as reservas que o próprio ordenamento jurídico lhes impõe.

É indiscutível que a arbitragem, constituída e organizada pela Lei 9.307/96, apesar de não ter previsão expressa no texto da Lei Maior, tem amparo pelo sistema constitucional⁸³. Também parece evidente, e esse é o propósito desse

⁸³ A constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi definitivamente julgada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 12 de setembro de 2001, quando por maioria o Pleno do Tribunal Constitucional julgou recurso em processo de homologação de sentença estrangeira (SE 5206). O voto do então Ministro Relator Carlos Velloso consagrou definitivamente o entendimento de que a possibilidade da arbitragem versar sobre os direitos patrimoniais, podendo as partes renunciarem ao direito de buscar a tutela jurisdicional do Estado, sem que, com isso, violem o princípio da inafastabilidade do acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV). Conforme narra Luiz Antonio Scavone Júnior (2008, p. 59). “neste mesmo processo manifestou-se o então Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, que resumiu todo o pensamento adotado no histórico julgado: (...) o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui 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 da cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos

estudo, que o atual estágio de desenvolvimento da humanidade e seus atuais enfrentamentos, a exemplo das relações de consumo, exigem novas soluções para a promoção efetiva de acesso à justiça, além do sistema jurisdicional estatal.

Não há sentido no embate puramente e estritamente teórico sobre a natureza jurídica da arbitragem: de um lado, a forçosa insistência para o enquadramento jurisdicional do instituto da arbitragem; de outro, a contundente resistência dos processualistas em aceitar a inclusão do meio alternativo de solução de conflitos no âmbito da teoria geral do processo. A postura de ambas as teorias em nada contribuem para a amenização dos problemas que a sociedade enfrenta quando se tem em foco os mecanismos de solução de conflitos ou a promoção do acesso à justiça. Nos dizeres de DINAMARCO (2009, p. 20):

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. (...) Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.

As novas relações jurídicas que se constituem no âmbito consumerista necessitam de mecanismos propícios para o atendimento das necessidades sociais. A arbitragem fornece esses instrumentos e pode, inclusive, contribuir com a melhoria da qualidade da própria prestação jurisdicional.

Assim, valendo-se da mesma metodologia aplicada quando do estudo da jurisdição, entende-se que a compreensão da dinâmica histórica da arbitragem é fundamental para que se perceba, em essência, como a sua aplicação no âmbito das relações de consumo pode ser valiosa para dirimir os conflitos sociais hodiernos.

2.2 A DINÂMICA HISTÓRICA E POLÍTICA DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

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.”

Como referido no primeiro capítulo, o poder de pacificação dos conflitos sociais sempre esteve associado, ainda nos mais primitivos estágios de organização social, ao exercício do poder político.

Verificou-se que nas sociedades arcaicas, em face da inexistência de organizações institucionais, essa atribuição era dos chefes familiares, que reuniam os atributos de governante, juiz, sacerdote. A inexistência de instituições estatais ou mesmo governamentais impunha aos chefes das tribos a responsabilidade pela solução dos litígios sociais⁸⁴.

A inexistência, porém, de um sistema uniforme de solução de conflitos levava a decisões e condenações injustas, parciais, e extremamente severas. Assim, a finalidade última dos julgamentos, a pacificação social pela aplicação do direito, não conseguia ser atingida. Nesse estágio das organizações sociais, não havia qualquer critério objetivo para “se dizer o direito” e garantir, dessa forma, a consecução da justiça de forma socialmente homogênea.

Foi nesse contexto de incertezas, e a preocupação com as conseqüências dessa insegurança jurídica, que acabou levando as sociedades primitivas a eleger pessoas mais experientes e hábeis no trato comunitário, para promover a composição das demandas sociais. Assim surgiu a arbitragem, como mecanismo de solução de conflitos. De acordo com os ensinamentos de GOMES (1995, p. 11):

Vê-se que tanto na *autotutela* quanto na *autocomposição* os litigantes buscavam pessoalmente a solução do conflito. Naturalmente, tais soluções não raro deixavam de satisfazer o menos hábil, o mais fraco. Daí por que as partes passaram a buscar forma mais eficaz para resolver os litígios, por meio de um *árbitro* escolhido de comum acordo por elas, cuja decisão era melhor acatada. Surge assim a *arbitragem*, primeiro passo no sentido de serem os diretamente envolvidos no litígio, substituídos por um terceiro na formulação da solução da contenda. Geralmente, as partes escolhiam para árbitro sacerdotes ou anciãos, em face do misticismo e da tradição imperante nos grupos sociais primitivos.

⁸⁴ Não há, nessa fase de solução de conflitos, uma especificação da atividade jurisdicional, a justificar a adoção de um modelo ou razões para distinções entre jurisdição pública e privada. Conforme leciona Cretella Neto (2009, p. 05): “Para entender a evolução do conceito de *arbitragem* através da História é preciso relembrar que nos primórdios da História humana inexistia o conceito de “Estado”, sendo o poder concentrado nas mãos do monarca e de classes de nobres, sacerdotes e funcionários encarregados da administração do reino. Tampouco existia uma autoridade julgadora independente e leis gerais, abstratas e impessoais, aplicáveis a todos os súditos. (...) Os litígios eram resolvidos com o recurso à força física, prevalecendo o regime de vingança privada não regulamentada e da autotutela. Não havia juiz, distinto das partes, nem ocorria a declaração de existência ou inexistência do Direito.”

O Pentateuco, o conjunto de escritos de cunho ético, religioso e jurídico dos hebreus, responsável pela formação da primeira civilização monoteísta da história da humanidade, dispôs claramente sobre o exercício do poder arbitral em uma sociedade organizada nos moldes do sistema primitivo ou arcaico de direito⁸⁵.

Conforme referencia Régis Fernandes de Oliveira, a partir desse momento histórico da sociedade hebraica inicia-se a divisão do trabalho dos juízes. Destaca Oliveira (2005, p. 28) que “começava, então, a serem designados juízes, a quem caberia o julgamento das pendências (lides) entre as pessoas. (...) Institucionalizava-se o julgamento”. Mas, sob a forma de arbitragem.

Esse modelo arbitral de pacificação social foi utilizado tanto pelas confederações das doze tribos hebraicas, entre os séculos XVI e XII a.C.⁸⁶, como pelas monarquias de Davi e de Salomão⁸⁷.

⁸⁵ A narrativa bíblica registra a instituição de árbitros por Moisés, com a função específica para a realização de julgamentos em razão do elevado número de contendas existentes naquela comunidade. Os conflitos que nasciam no seio daquela comunidade seminômade e numerosa passaram a ser resolvidos em um modelo descentralizado de resolução de conflitos, com a instituição de julgadores vinculados à autoridade patriarcal mosaica, que em última instância era a única legitimada ao exercício do poder, pela ação e orientação divina, graças à íntima relação profeta-Deus. A partir do versículo 13 até o versículo 26, do capítulo 18, do Livro de Êxodo, lê-se na Bíblia (1997, p. 100): (13) E aconteceu que, no outro dia, Moisés assentou-se para julgar o povo; e o povo estava em pé diante de Moisés desde a manhã até à tarde. (14) Vendo, pois, o sogro de Moisés tudo o que ele fazia ao povo, disse: Que é isto, que tu fazes ao povo? Por que te assentas só, e todo o povo está em pé diante de ti, desde a manhã até à tarde? (15) Então disse Moisés a seu sogro: É porque este povo vem a mim, para consultar a Deus; (16) Quando tem algum negócio vem a mim, para que eu julgue entre um e outro e lhes declare os estatutos de Deus e as suas leis. (17) O sogro de Moisés, porém, lhe disse: Não é bom o que fazes. (18) Totalmente desfalecerás, assim tu como este povo que está contigo; porque este negócio é mui difícil para ti; tu só não o podes fazer. (19) Ouve agora minha voz, eu te aconselharei, e Deus será contigo. Sê tu pelo povo diante de Deus, e leva tu as causas a Deus; (20) E declara-lhes os estatutos e as leis, e faze-lhes saber o caminho em que devem andar, e a obra que devem fazer. (21) E tu dentre todo o povo procura homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que odeiem a avareza; e põe-nos sobre eles por maiores de mil, maiores de cem, maiores de cinqüenta, e maiores de dez; (22) Para que julguem este povo em todo o tempo; e seja que todo o negócio grave tragam a ti, mas todo o negócio pequeno eles o julguem; assim a ti mesmo te aliviarás da carga, e eles a levarão contigo. (25) E escolheu Moisés homens capazes, de todo o Israel, e os pôs por cabeças sobre o povo; maiores de mil, maiores de cem, maiores de cinqüenta e maiores de dez. (26) E eles julgaram o povo em todo o tempo; o negócio árduo trouxeram a Moisés, e todo o negócio pequeno julgaram eles.

⁸⁶ Na Bíblia (1997, p. 636) Em 2Crônicas 19, 4 a 7, lê-se: (4) Habitou, pois, Josafá em Jerusalém; tornou-se a passar pelo povo desde Berseba até à região montanhosa de Efraim e fez que ele tornasse ao Senhor, Deus de seus pais. (5) Estabeleceu juizes no país, em todas as cidades fortificadas, de cidade em cidade. (6) Disse aos juizes: Vede o que fazeis, porque não julgais da parte do homem, e sim da parte do Senhor, e, no julgardes, ele está convosco. (6) Agora, pois, seja o termo do Senhor convosco; tomais cuidado e fazei-o, porque não há no Senhor, nosso Deus, injustiça, nem parcialidade, nem aceita ele suborno. Apesar do registro bíblico referir-se à juizes, Marcos Antônio de Souza anota que *o sistema judicial descrito em 2 Crônicas é similar ao registrado em Deuteronômio 16:18 e 17-8-13, remontando ao tempo de Moisés*. Trata-se, portanto, do modelo arbitral mosaico, já descrito.

⁸⁷ A principal referência de arbitragem no período monárquico é o mais conhecido julgamento de Salomão, descrito na Bíblia, em 1 Reis 3, 16 a 28, no qual o próprio monarca é o árbitro da causa de duas prostitutas que disputam um filho. A narrativa é dramática. A partir do versículo 23 a Bíblia (1997, p. 484) registra: (16) Então disse o rei: "Esta diz: 'Este que vive é meu filho, e teu o morto'; e esta outra diz: 'Não, por certo; o morto é teu filho e meu o filho vivo'." (24) Disse mais o rei: "Trazei-me uma espada." E trouxeram uma espada diante do rei. (25) E disse o rei: "Dividi em duas partes o menino vivo, e dai metade a uma e metade a outra." (27) Então a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho) e disse: "Ah, meu senhor, dai-lhe o menino vivo e por modo alguns mateis." Porém a outra dizia: "Nem teu, nem meu seja; dividi-o antes." Então respondeu o rei: "Dai a esta o menino vivo e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe." (28) E todo o Israel ouviu a sentença que dera o rei e temeu ao rei; porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça.

Como visto no capítulo anterior, o advento de novas formas de organização social e política nas civilizações antigas, impôs a institucionalização do poder político. Aos poucos o poder de “dizer o direito”, isto é, o poder jurisdicional foi se especializando e sendo transferido para organismos políticos específicos de resolução de conflitos. A atuação do Estado como sujeito interventor nesse processo de pacificação social foi um consectário do próprio desenvolvimento social das civilizações antigas.

Contudo, mesmo diante da crescente consolidação da jurisdição estatal, percebe-se que a arbitragem nunca sucumbiu completamente. Ao contrário, se fortaleceu no âmbito privado.

A arbitragem pode também ser contemplada na mitologia grega⁸⁸, mas foi pela atuação legislativa de Sólon, no Século VI, que o instituto se notabilizou juntamente com uma ampla constituição de órgãos jurisdicionais com a finalidade precípua de promoção de julgamentos especializados para as mais diferentes espécies e controvérsias sociais⁸⁹.

Os romanos, outrossim, enquanto organizados em uma pequena cidade monárquica (*civitas*), confiavam as decisões das divergências sociais ao julgamento e manifestação experiente de homens prudentes e bons pais de família – *bonus pater familias*. Mas, influenciados pela experiência política grega, os romanos assumiram uma formatação política republicana, que propiciou o desenvolvimento social de sua comunidade. Não tardou para que desenvolvessem engenhosos mecanismos de pacificação social, contando com a arbitragem na fase mais profícua das soluções de conflito da República e do Império Romano⁹⁰. Foi, com efeito, o

⁸⁸ Atribui-se à mitologia grega um dos mais famosos arbitramentos da história da civilização helênica. Segundo consta dos escritos mitológicos, inconformada por não ter sido convidada para uma cerimônia matrimonial no Monte Ida, a deusa da discórdia, de nome Eres, lançou uma maçã de ouro no seio da festa, com a inscrição “para a mais bela”, colocando-a sobre a mesa principal. Tendo lido a inscrição da maçã as deusas Atena e Afrodite, ambas entendendo serem as mais belas, invocaram o direito sobre o fruto. Então, estabelecido o conflito, Zeus foi chamado para posicionar-se sobre a titularidade da maçã. Para não comprometer-se, Zeus abdicou do direito de decidir a disputa, imputando ao mortal mais belo da terra, o príncipe Paris, o dever de julgar o caso. Então, Hermes, o deus mensageiro levou ao príncipe a incumbência, que acabou decidindo em favor de Afrodite, a deusa do amor. Isso porque Afrodite teria prometido ao Príncipe Paris, o amor de Helena. Essa situação surgida a partir do arbitramento foi um dos fatores para o desencadeamento da Guerra de Tróia, segundo Cretella Neto (2009, p. 06).

⁸⁹ Segundo Cretella Neto (2009, p. 7) *Péricles transformou o sistema judiciário, transferindo o poder de julgar do Areópago (...) para os arcontes, membros da 'heliae', tribunais populares. Para que o sistema judiciário acolhesse a ação, era necessário que já tivesse sido apreciada por um árbitro.*

⁹⁰ Destaca-se especialmente, durante o período clássico, a atuação do pretor romano, sujeito que efetivamente titularizava o exercício da *jurisdictio*, através de um processo constituído de duas fases. A primeira fase, denominada *in iure*, consistia especificamente na atuação pretoriana, em duas etapas: a *litis contestatio* e o *edictum*. Pela *litis contestatio* as partes, autor e réu, se apresentavam em juízo perante o pretor e instituíam a jurisdição ao magistrado, mediante um pacto de atribuição do julgamento da causa.

processo formular que contribuiu de modo mais significativo para o desenvolvimento da ciência do direito em Roma.

No processo formular, o magistrado pretor, tomando como referência os fatos apresentados por autor e réu, bem como as provas eventualmente produzidas, elaborava a fórmula de julgamento, ou seja, o parâmetro para que o árbitro, na fase seguinte, prolatasse a sentença. A atividade arbitral consistia a segunda e derradeira fase processual, denominada *in iudicium*, e tinha por finalidade, por fim ao conflito, observando as variantes fórmulas apresentadas pelo magistrado pretor.

Assis (2010, p. 85) detalha as etapas do processo formular romano, com as seguintes palavras:

Desde o sistema das ações (*legis actiones*) o processo é dividido em duas fases, que também são mantidas no sistema do processo formular. A primeira denomina-se *in iure* e se desenvolve perante o pretor, a segunda denomina-se *in iudicium* e se desenvolve perante um árbitro (*iudex*). Em geral os árbitros são pessoas leigas, não têm conhecimento específico do Direito. O serviço de arbitragem não é remunerado, representa um encargo que concede prestígio, portanto, compatível com a honra e o *status* devido a certa categoria de cidadãos. (...) O pretor preside a primeira fase do processo (*in iure*), onde analisa o aspecto jurídico das alegações das partes, isto é, verifica uma afirmação solene da existência ou não de direito (*ius dicere*) fixando os limites da contenda. Neste sentido, a parte interessada (requerente) deve comunicar a sua pretensão à outra parte (requerida) providenciando para que esta compareça perante o magistrado, para que diante dele a requerente possa formular a sua pretensão. A tarefa do pretor consiste em transformar a queixa num conflito que possa ser decidido por um árbitro que será nomeado e de acordo com uma fórmula muito semelhante a um *quesito*. Essa fórmula deve estar contida no edito, ainda que de maneira geral. Mas, como o pretor possui o poder de *imperium*, é possível criar fórmulas especiais para determinados casos concretos. (...) A fórmula é negociada entre as partes e consiste em circunscrever os termos da controvérsia e designar um árbitro que deve responder sim ou não à questão proposta. Definidos os termos as partes firmam um compromisso perante testemunhas (*litis cum testatio*). O *ius dicere* concretiza-se num *iudicare iubere* (ordem de julgar) remetido pelo pretor ao árbitro (*iudex*) para que este profira uma decisão, uma resposta aos quesitos; ou seja, de posse da fórmula e da ordem o processo transfere-se para o árbitro, onde se desenvolve o *in iudicium*. Pelos parâmetros modernos, a atividade do *iudex* se aproxima à de um jurado, enquanto que a do pretor se assemelha à do juiz.⁹¹

⁹¹ Cachapuz (2000, p. 28), analisando esse procedimento, ensina: “ (...) a figura do pretor preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e depois, acrescentando a elaboração da fórmula (...) e, em seguida, o julgamento por um “iudex” ou “arbitrer”, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo incumbido de julgar (...) demonstra que a arbitragem, em Roma, apresentava-se em modalidade obrigatória, antecedendo a própria solução estatal jurisdicionalizada.”

Esse sistema de solução de conflitos também ficou conhecido como direito pretoriano, e se tornou necessário em razão das complexidades das relações jurídicas que passaram a exigir da magistratura romana maior flexibilização hermenêutica do direito escrito (*ius civile*), sabedoria, equilíbrio e prudência na aplicação das normas jurídicas, daí a origem etimológica do termo *jurisprudência*⁹², que significa a atividade intelectual dos jurisconsultos. No direito romano, ciência do direito é sinônimo de *jurisprudência*⁹³.

No Império Romano, a arbitragem era o principal mecanismo de soluções de conflitos comerciais nas grandes cidades. Mercadores em litígio atribuíam a outros comerciantes a responsabilidade de emitir um juízo arbitral, sob a condição da imparcialidade, mas fulcrados na experiência e conhecimento da matéria em discussão. A falta de confiança dos comerciantes na jurisdição estatal romana fomentou o desenvolvimento do mecanismo arbitral.

Após a queda do Império Romano, e com o advento da alta idade média, a figura principal do sistema político e econômico é o senhor feudal, sendo os julgamentos privados, de acordo com os ensinamentos de Gomes (1995, p. 15), “realizados por conselhos que funcionavam nos baronatos e condados, em consonância com as características do regime feudal, no qual ocorre um marcante esfacelamento do poder estatal”.

Aliás, dentro da própria Igreja, no âmbito do direito canônico medieval, verificou-se o implemento da arbitragem, sob inspiração do próprio evangelho⁹⁴. Como se observa dos escritos de FIÚZA (1995, p. 75):

⁹² Justiniano inicia as *Institutas*, parte integrante do *Corpus Juris Civilis*, com as seguintes definições: “Título I – Da Justiça e do Direito: A justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Parágrafo primeiro: Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto.”

⁹³ Margarida Maria Lacombe Camargo, analisando a tópica em Theodor Viehweg, destaca a importância da participação dos pretores e árbitros para a construção da jurisprudência romana, a ciência do direito de então. Segundo a autora (2001, pp. 159 e 160): “Pesquisando o *ius civile* romano, Viehweg retira exemplos do uso da tópica no direito. Ao jurisconsulto romano era apresentado um problema para o qual solicitava-se-lhe um parecer. Sua tarefa era, sob um senso da equidade encontrar argumentos que lhe parecessem mais prudentes para a sua solução. Viehweg reconhece na jurisprudência dos romanos o desenvolvimento de uma *techne* bastante avançada, que pressupõe, irrefletidamente, um nexos que não se pretende demonstrar, mas, dentro do qual o raciocínio se move.”

⁹⁴ Registra Luiz Carlos de Azevedo (2007, p. 109), analisando a orientação de São Paulo aos cristãos envolvidos em controvérsias que: “Não se resolvendo privadamente algum eventual desacerto, deviam recorrer os cristãos à palavra da Igreja, por seus discípulos, pelos chefes das comunidades, pelos bispos. Ainda que se tratasse de causa de natureza civil, sendo as partes cristãs, não havia por que dirimi-la frente aos pagãos, advertia e aconselhava São Paulo: ‘Será que não existe entre os cristãos um único homem capaz de julgar litígio posto entre irmãos?’ (I Coríntios 6:1). Dissensões, que se resolvessem de comum e mútuo acordo, mesmo que cada parte cedesse uma parcela de seus legítimos direitos. Pode parecer, à primeira vista, que este repúdio ao tribunal romano significasse verdadeira sublevação à ordem constituída e ao poder imperial. Não obstante, ao atentar para a razão que levava São Paulo a aconselhar tais prescrições, verifica-se que outros e melhores motivos o inspiraram: em primeiro lugar, possuindo a Igreja condições para estabelecer um reto julgamento, não havia motivo para se buscar a palavra de estranhos, alheios à comunidade; além disso, não era conveniente

A arbitragem (...) passou do Direito Romano para o Direito Medieval. Teve que se adaptar, o que ocorreu facilmente, aos costumes judiciais da Idade Média e foi, no direito antigo, cópia quase que fiel da arbitragem no Direito Romano. (...) Os julgamentos eram encabeçados, em sua maioria, pelos senhores feudais – *probi homines* - e a arbitragem não diferia dessa justiça a não ser pelo fato de que as partes escolhiam livremente os juizes de suas contendas.

A desorganização do sistema jurídico romano na Europa ocidental e, portanto, das instituições que administravam as soluções de conflitos, aliada à miscigenação de culturas decorrentes da consolidação do sistema feudal e mercantilista naquela região, durante o período medievo, também promoveram a arbitragem como o principal modelo de pacificação social, durante toda a idade média, principalmente nos núcleos urbanos mercantis ao entorno do mediterrâneo, ante a ausência de um poder estatal unitário e centralizador.

Essa perspectiva fortaleceu sobremaneira a arbitragem no âmbito do direito comercial, assim como já ocorrera no Direito Romano, e propiciou o desenvolvimento de um importante órgão de solução de conflitos: a corporação.

De acordo com SANDRONI (1999, p. 134), a corporação é a:

Associação profissional de comerciantes ou artesãos da Idade Média. Conhecidas também como confrarias, grêmios, fraternidades ou guildas, as corporações situavam-se nas cidades e comunas medievais. Desenvolveram-se entre os séculos XII e XIV, acompanhando o processo do renascimento comercial. Foi na Itália onde mais proliferaram; na França, perduraram até 1791, quando foram abolidas por lei. Eram organizações fechadas, cujos membros monopolizavam o exercício de determinada profissão ou atividade comercial. (...) As atividades de cada membro de uma corporação eram regulamentadas por estatutos, cuja violação era punida severamente pelos próprios tribunais da entidade (...). Muitas cidades eram totalmente controladas pelas corporações dos comerciantes; (...). Em troca de privilégios, muitas corporações apoiaram reis na luta contra os senhores feudais, durante o processo de formação dos Estados Nacionais.

As corporações de mercadores mesclavam jurisdição e arbitragem, um *tertium genus* entre o modelo institucional e público de solução de conflitos, e o

trazer aos olhos dos pagãos graves desentendimentos perdurando entre pessoas que deviam, ao contrário, 'corrigir-se uns aos outros, não com ira, mas por meio da paz'. Exista, porém, uma causa maior para a adoção deste modo de agir, a qual encontra apoio nas raízes históricas antecedentes: ao apontar o caminho da arbitragem, seguia São Paulo o exemplo das confrarias gregas, cujos membros, renunciando à justiça oficial, preferiam pôr termo à controvérsia por meio do compromisso; isto era comum, também, junto ao povo judeu, o qual possuía justiça própria, sendo os litígios submetidos à apreciação de árbitro escolhido pela sinagoga.

modelo arbitral, marcado pela autonomia das regras profissionais de determinado grupo ou classe mercantil⁹⁵.

Trata-se, a arbitragem, de uma forma de especialização na solução de conflitos⁹⁶. Mas, de fato, a inexistência de um poder político central, legítimo ou suficientemente forte para manter a ordem jurídica no período medieval (logicamente, além da própria igreja), promoveu o desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos assemelhadas ou derivadas da arbitragem.

Segundo FIÚZA (1995, pp. 77 e 78):

[...] ao lado da arbitragem propriamente dita, vimos surgir na Europa Medieval, exatamente devido ao enfraquecimento das instituições políticas, instituição de alta importância, principalmente para o Direito Comercial. Ora, é no surgimento do próprio Direito Comercial que vemos a reabilitação do sistema mais equânime e organizado. Sem poder político central que lhes dessem proteção e, principalmente, diante da ausência de poder jurisdicional eficiente, os comerciantes se viram forçados a buscar alternativas. Essas se resumiram nas corporações. (...) A sua magistratura formava-se por meio dos cônsules dos comerciantes (*cônsules mercatorum*), eleitos pela assembleia dos comerciantes, tendo funções políticas (...), funções executivas (...), e funções judiciais, julgando as causas comerciais. Decidiam com a máxima brevidade, sem formalidade (*sine strepitu et figurae iudicii*).

Com efeito, na baixa idade média, o florescimento de grandes núcleos urbanos ao entorno dos Mares Mediterrâneos, Mar do Norte e Báltico, e de grandes rios como o Reno e o Danúbio, consagraram cidades prósperas e, conseqüentemente, aumentaram sobremaneira os conflitos sociais. O desenvolvimento do mercantilismo trouxe, como conseqüência, novas modalidades de conflitos envolvendo comerciantes de todas as partes do mundo de então. Houve a necessidade não só de especializar os julgamentos como forma de garantir

⁹⁵ Anota Lopes (2007, p. 418), quando trata das relações entre as corporações de ofício e os reinos que se formavam no fim da medievalidade, que: “Da perspectiva das corporações, houve uma contínua luta para manter algumas formas de autonomia com relação ao poder da Coroa. Desse ponto de vista, destacaram-se no processo duas tendências: (1) de um lado a manutenção de jurisdições particulares, de caráter local (as justiças das aldeias, vilas e cidades) e de caráter funcional (as justiças especializadas de certas corporações, como a dos mercados, ou dos eclesiásticos); (2) de outro lado, os diversos privilégios concedidos a diferentes grupos perante a justiça régia, privilégios estamentais que davam aos fidalgos e ao primeiro Estado algumas regras excepcionais. Da perspectiva da profissionalização, notava-se a constante disputa entre juízes letrados e juízes leigos, entre funcionários ou delegados reais e os representantes de outros poderes locais ou senhoriais, comunitários, etc. Esse período conheceu uma definição crescente de regras procedimentais, relativas, inclusive, a provas e aos procedimentos de recurso.”

⁹⁶ Uma obra que trata de modo explícito a questão do direito comercial medieval e, mais especificamente, dos julgamentos envolvendo temas comerciais perante as corporações, é *O Mercador de Veneza*, de William Shakespeare. Na cena I, do ato IV, estão presentes os litigantes, um devedor insolvente, de nome Antônio, e seu credor, um judeu que pretende receber a dívida: uma tira de carne do coração do devedor, conforme expresso no instrumento de mútuo. A cena do julgamento de Antônio ocorre em na corte de Veneza, dirigida por um Doge e alguns outros juízes, característica de corporações mercantis.

decisões mais justas, que efetivassem concretamente os princípios organizadores do sistema comercial, com eficiência, rapidez e praticidade.

Cláudio Vianna de Lima (1999, p. 8), analisando essa importante dinâmica mercantil, escreveu:

É muito compreensível que a esta vitoriosa prática mercantil repugnasse a morosa Justiça Pública, formal, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa. Os tribunais consulares eram, em razão disso, objetivos, práticos, rápidos, fortes no emprego de questões nascidas nas fórmulas não contenciosas de solução de conflitos, no emprego da arbitragem. As questões nascidas nas feiras deviam estar solvidas no tempo de sua duração, três semanas, um mês, seis meses, não mais. (...) Consolidou-se a arbitragem, prática já antiga, de eficiência exemplar.

O advento do Estado absolutista promoveu um enfraquecimento desse sistema de solução de conflitos. As monarquias que foram sendo constituídas em toda a Europa, principalmente a partir do século XIV invocaram, de forma centralizadora, o poder de “dizer o direito” e resolver os conflitos, em todas as esferas políticas e sociais. As sentenças arbitrais passaram a ser revistas pelos tribunais constituídos no âmbito dos reinos recém formados.

As revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII consolidaram a idéia do monopólio do poder, da função e da atividade jurisdicional pelo Estado, constitucional e infraconstitucionalmente organizado, conforme analisado no capítulo anterior. No entanto os arquitetos da Revolução Francesa, tremendamente influenciados pelo culto à liberdade, e focados na proteção da autonomia da vontade, a todo custo, previram a arbitragem como o meio mais razoável de eliminar conflitos entre os cidadãos⁹⁷.

A consolidação da proposta de organização do Estado no ambiente constitucional e a adoção da teoria da tripartição funcional do poder, com a especialização e profissionalização da atividade jurisdicional estatal, no entanto, acabaram relegando à arbitragem um papel secundário.

Sucessivamente, os movimentos sociais dos séculos XIX, e mais precisamente da primeira metade do século XX, em busca pela efetiva materialização dos direitos redigidos em cartas, declarações e constituições,

⁹⁷ Viana (1999, p. 09) considera significativo o conteúdo do art. 1º, da Lei de 16 e 24 de agosto, segundo o qual “a arbitragem é o meio mais razoável de terminar com as divergências entre os cidadãos; os legisladores não poderão fazer quaisquer disposições tendentes a diminuir seja o seu emprego, seja a eficácia do compromisso.”

impulsionaram o intervencionismo e dirigismo estatal⁹⁸, consolidando o monopólio jurisdicional do Estado para a solução dos conflitos, como já visto.

A arbitragem entrou em crise. Nota-se, principalmente a partir da eclosão dos movimentos sociais, no século XX, que a própria sociedade passou a exigir cada vez mais a presença do Estado como forma de garantir um equilíbrio da relação jurídica e promoção de acesso à justiça⁹⁹, rejeitando a proposta da via arbitral.

Contudo, o mesmo Estado de Direito que se constituiu como o modelo experimentalmente mais adequado de organização social, garantindo direitos fundamentais e proporcionando, ao mesmo tempo, mecanismos jurisdicionais especializados na solução dos conflitos individuais, demonstrou a sua própria insuficiência para a promoção de acesso à justiça e inoperância para responder aos anseios sociais, no que diz respeito, principalmente, às relações jurídicas de massa.

A realização dos valores humanos formadores dos juízos sentenciados de cada magistrado, previstos nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direitos, tornou-se de difícil concretização em razão do aumento considerável dos conflitos, o que repercutiu no recrudescimento das demandas judiciais e, por conseguinte, na rotina dos julgamentos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia da soberania estatal e do exercício da jurisdição como mecanismo de pacificação social em caráter

⁹⁸ Analisando os reflexos, na função jurisdicional, da dinâmica das passagens do Estado Absolutista para o Estado Liberal, e deste para o Estado Social, Gomes (1995, p. 31e 34) ressalta que: "O Estado social nasceu com o desgaste da cosmovisão político-jurídica econômica pregada pelo liberalismo. É que aos abusos do absolutismo presentes no *ancien regime* sucederam-se os do capitalismo selvagem, onde a liberdade dos economicamente fortes gerou a escravidão dos fracos. Nisto assiste inteira razão a Lacordaire: "Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta". Daí a aceitação e difusão das filosofias socializantes, seja a de cunho marxista como a de natureza cristã. É nesse plano de individualismo exacerbado, de exploração do frágil pelo poderoso economicamente, que nascem as doutrinas defensoras de um Estado intervencionista, que estabeleça limites mais rígidos, por meio de normas cogentes, ao exercício das liberdades, disciplinando o uso da propriedade, atribuindo-lhe função social; um Estado que proíba possam as partes dispor sobre direitos considerados indisponíveis, alusivos à liberdade, ao trabalho digno e remunerado. (...) Situado por força da natureza e do cargo no tempo e no espaço, o juiz não tem como isolar-se da gama de fatores que ao seu redor dão sentido à vida dos seres humanos, da qual ele também participa na medida de seus atos. As angústias, as aspirações, os temores e as esperanças da época também ressoam no espírito do magistrado, desde que este se predisponha a viver atento a tais sinais. Somente compreendendo o contexto dos fatos é que o juiz poderá entender os atos humanamente praticados e julgá-los à luz dos valores vigentes no ordenamento jurídico em que atua, fazendo assim bom uso do poder jurisdicional de que se encontra investido."

⁹⁹ O surgimento do Estado Democrático de Direito, em sua complexa organização constitucional, sedimentou a perspectiva de monopólio da justiça pelo Estado. Construído em sólidas bases constitucionais, o Poder Judiciário centralizou a administração da justiça sob a égide de garantias fundamentais esculpidos em declarações de direitos, derivadas dos movimentos liberais e sociais. O juiz deixa de ser um mero cumpridor da regra de direito e passa a mergulhar, na visão de Gomes (1995, p. 23), em um "universo dos valores cultuados pela sociedade que o magistrado irá atuar jurisdicionalmente".

exclusivo e absoluto passou a sofrer um forte abalo, em decorrência de diversas variantes, como a exponencialização dos tráfegos comerciais internacionais, a ascensão e consolidação definitiva do capitalismo, o intercâmbio comercial e cultural e o desenvolvimento da tecnologia como elemento fundamental para o fortalecimento desse processo de globalização.

Mas apesar de se verificar, ao longo da história, a institucionalização jurisdicional com a constituição de organismos específicos para a solução de conflitos, no âmbito dos poderes políticos constituídos, o modelo primevo de se outorgar o poder de decisão de um litígio a um árbitro (que não o próprio Estado) não se perdeu. Esse modelo de solução de conflitos constitui-se a essência da arbitragem, que hoje tem sido invocada, novamente, como um mecanismo de promoção do acesso à justiça no mundo globalizado.

2.3 ARBITRAGEM E GLOBALIZAÇÃO

Globalização é um termo polissêmico. O seu real significado dependerá do contexto no qual está inserido. O conceito de globalização tem um sentido específico para cada dimensão da vida humana: social, econômica, política, cultural, tecnológica, lingüística, e, também, jurídica¹⁰⁰. Com efeito, não há um referencial teórico bem definido acerca da globalização, em razão dessa imprecisão epistemológica¹⁰¹. Como assevera Abili Lázaro Castro de Lima (2004, p. 151):

De plano, é importante salientar algumas dificuldades epistemológicas e metodológicas para analisar o fenômeno da globalização. A globalização teve várias concepções ao longo do tempo. Mesmo hoje, podemos encontrar várias significações para o mesmo fenômeno. (...) Além disso, em que pese a profícua produção bibliográfica sobre o tema, sobretudo nos

¹⁰⁰ As mutações pelas quais a sociedade está passando, em todas as suas esferas, deriva desse processo de interconexão mundial. A vida, acelerada pela instantaneidade da comunicação tecnológica, tem levado os filósofos, economistas, sociólogos, psicólogos, e também os juristas, a debaterem sobre novas bases teóricas nas diversas áreas do conhecimento científico, redimensionadas pelo novo cenário global. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil* (2004, pp. 18 e 19) registra que "(...) o imaginário ligado à globalização remete-nos a várias nuances também metafóricas. (...) Percebe-se uma globalização em termos tecnológicos, na medida em que a cibernética delineia fluxo de informações que altera regimes de produção e de consumo. Do ponto de vista político a globalização recontextualiza a soberania, acenando com modelos democráticos que prenunciam novo equilíbrio de forças e que é marcadamente muito sutil. Culturalmente, intercâmbios modelam o paradoxo de uma destruição criativa, prenhe de sonhos, pesadelos e ceticismo, identificando um imperialismo de instrução que é característico do nicho cultural capitalista."

¹⁰¹ A globalização associam-se outros termos, como mundialização e internacionalização. O termo *mundialização* é empregado pelos franceses, e diz respeito ao movimento de padronização de processos econômicos, culturais e sociais. Já a expressão *internacionalização* está relacionada com as relações transnacionais e com a relativização do conceito de soberania estatal.

últimos seis anos, ainda não foi produzido um marco teórico que possibilitasse a leitura da globalização de forma cabal.

Marcada pelo aprofundamento do processo de integração entre os sujeitos, nas múltiplas dimensões do ser, a globalização pode ser entendida como um fenômeno que se constituiu pela necessidade dinâmica do capitalismo de formar uma aldeia global para superar as suas próprias antinomias e dificuldades.

Esse processo acentuou-se consideravelmente nas últimas décadas pela transformação da concepção de tempo e espaço, a partir do incontrolável avanço científico e, portanto, tecnológico. Desencadeou-se a partir da esfera econômica¹⁰², proliferando-se como um fenômeno mutacional em todas as áreas da vida humana.

No plano político, a globalização relativizou aquela concepção moderna de Estado-nação¹⁰³, soberano, incólume, inabalável em sua armadura estruturada sob uma concepção meramente positivista constitucional. Contribuiu para uma hibridação política e para a formação de blocos de países, com propósitos políticos e econômicos afins.

No âmbito jurídico, aproximou os sistemas de direito, miscigenou-os, construindo instrumentos jurídicos e institutos necessários para a solução de novos problemas. Com a integração social mundial, formou-se um conjunto normativo homogêneo, aplicável a toda humanidade, tais como os direitos humanos, os direitos ambientais e o direito do consumidor.

A transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas, culturais, e também do direito¹⁰⁴, colocou em cheque a concepção de unidade e

¹⁰² O mesmo autor referido na nota antecedente ensina que a globalização radica sua origem no processo mercantilista dos séculos XV e XVI, no contexto do capitalismo comercial, mas o termo associa-se ao pós-modernismo e neoliberalismo do século XX (2004, pp. 24 a 27).

¹⁰³ Adauto Novaes (2003, pp. 74 e 75) estabelecendo uma importante diferenciação entre o plano interno e o plano internacional da concepção de soberania dos Estados registra: "A conjuntura que se abriu depois de Segunda Guerra Mundial ilumina com outra luz a noção de Estado-Nação e mostra o quanto ela pode ser equívoca, talvez até arbitrariamente definida. Discute-se atualmente 'o esgotamento da nação', mas negligencia-se o acontecimento formidável constituído pela multiplicação dos Estados-Nações nos decênios que se seguiram à criação da ONU. (...) Uma coisa é examinar a soberania do Estado considerando-o em sua face externa, se ousar dizê-lo, na cena internacional, e outra bem diferente é considerá-lo em sua face interna, recolocando-o no quadro de uma sociedade política. (...) Os teóricos neoliberais da globalização não se preocupam com tal distinção, tão grande é a certeza que têm a supressão progressiva das fronteiras entre os Estados sob o efeito da lógica de mercado. Eles concluem facilmente pela desaparecimento do Estado-nação. Observa-se, contudo, que os Estados permanecem como atores de primeiro plano na competição internacional. A razão disso é que colocam no quadro da nação os problemas da gestão de recursos, da fiscalidade, do emprego, do direito do trabalho, da proteção social, da integração das diferentes camadas da população."

¹⁰⁴ Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo (2008, pp. 48 e 49) identificam as características do Estado de Direito Transnacional em um decálogo: "1) pluralidade de fontes normativas; 2) positividade não só legal senão também constitucional e/ou internacional dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (Ferrajoli); 3) subordinação da produção da legislação ordinária à Constituição Federal (Ferrajoli) e, agora, também ao Direito Internacional

soberania estatal, bem como de intangibilidade de economias internas. Nesse sentido HABERMAS (*apud* Farias, 2001, p. 62):

A globalização do comércio e da comunicação, da produção econômica e das finanças, da expansão da tecnologia e dos armamentos, e acima de tudo dos riscos ecológicos e militares, coloca problemas que não podem mais ser resolvidos no seio da estrutura de Estado-nações ou através do método tradicional de acordos entre Estados soberanos. Se as tendências atuais persistem, a progressiva deterioração da soberania nacional necessitará da fundação e da expansão e instituições políticas no nível supranacional (...).

Analisando o atual estágio de organização social, Luiz Fernando Coelho (2001, p. 19) traz elucidativos argumentos quanto às perspectivas atuais e futuras desta integração que já está à frente de fenômenos como a internacionalização e a transnacionalização:

O processo de globalização que marca a atualidade transcende em muito esses fenômenos. Não se trata mais do simples intercâmbio internacional, nem se limita à transnacionalização dos sistemas de produção e nem se exaure nas imensas possibilidades abertas à economia mundial. A globalização impulsiona tudo isso, mas o faz mediante um poderoso processo de criação e difusão de idéias, valores, preferências, tecnologia, formas de produção e de organização, comportamentos públicos e privados e, principalmente, conhecimentos e informação.

Apesar de constituir um mercado internacional, criando relacionamentos comerciais cada vez mais intensos entre as nações¹⁰⁵, a globalização, segundo Habermas (*apud* Farias, 2001, p. 62), “questiona certas condições essenciais do direito internacional clássico, sobretudo a soberania dos Estados e a separação tradicional entre a política interna e a política externa”.

Como registra Rolf Kuntz, professor do Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo (2010):

[...] As transformações da ordem mundial, no último quarto do século XX, erodiram o poder do Estado e puseram em xeque, ao mesmo tempo, direitos – principalmente sociais – consagrados no século e meio anterior. (...) Não é

dos Direitos Humanos; 4) superação da democracia formal (democracia das maiorias) pela democracia substancial (ou material); 5) distinção entre vigência e validade da lei; 6) convivência com as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico; 7) eficiente sistema de controle de constitucionalidade das leis; 8) revisão do papel do juiz; 9) revisão do papel da ciência jurídica; e 10) revisão e atualização normativa do princípio do devido processo legal.”

¹⁰⁵ Elucidando o atual estágio das relações econômicas, Carlos Maria Gamaro (200, p.51) afirma que “o fenômeno da interligação econômica não passa de uma conseqüência lógica do desenvolvimento e amálgama dos fatores presentes a partir dos anos 40 [...]. Todo o contexto mundial levava a uma interdependência dos capitais globais”.

preciso, para reconhecer a importância dessas transformações, proclamar a morte do Estado e jogar no lixo da história o conceito de soberania. Basta reconhecer que essas noções ganham novo sentido, com a reordenação do tabuleiro global. Essa reordenação envolve as dimensões econômica, política e militar. A terceira dimensão, que envolve o direito da guerra, o componente mais tradicional do Direito das Gentes, permite um acesso privilegiado ao exame dessas mudanças¹⁰⁶.

De fato, o que se tem percebido, pragmaticamente, são os efeitos que a globalização tem provocado nas sociedades contemporâneas. A conexão entre aspectos macro e microeconômicos, os reflexos políticos para a formação de novas propostas governamentais, a padronização cultural e, conseqüentemente, um novo desafio para o direito.

Segundo GODOY (2004, p. 11):

Globalização é a metáfora de nossos dias que exprime condição econômica e cultural. Promove a hegemonia do capitalismo e de percepções neoliberais, anunciando uma escatologia que consagra novos moldes de soberania, de relações humanas e idiosincrasias. Impulsiona um neoconservadorismo radical. Provoca reações afinadas com projetos de *terceira via*, a exemplo do neotrabalhismo inglês e do neodemocratismo norte-americano. Insulta os defensores de uma democracia radical, projeto que denuncia as necessidades falsas que a globalização promove. A globalização formata modelos epistêmicos, saberes, plasmando também um inusitado conjunto normativo. A globalização dita um direito diferente, especialmente para países periféricos, como o nosso. O direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção no mundo globalizado.

Regulamentar essa nova forma de viver, é o desafio dos sistemas jurídicos, tanto no plano internacional, a partir de uma rediscussão sobre o conceito de soberania, quanto no plano interno, confrontando conceitos já estabelecidos pela modernidade, como, por exemplo, o de jurisdição estatal e o monopólio do poder.

Para estes pensadores de vanguarda, a partir da segunda guerra mundial, e em decorrência das tragédias experimentadas naquele momento histórico, e a partir da hegemonia do capitalismo como opção econômica, ocorreu uma aproximação, isto é, uma uniformização dos sistemas políticos, econômicos e jurídicos dos Estados nacionais¹⁰⁷. Esse processo, aliado à universalização dos

¹⁰⁶ E complementa o autor (2010): "(...) A erosão da soberania não resulta, no entanto, apenas de mudanças tecnológicas, econômicas, estratégicas e organizacionais que afetam objetivamente a chamada sociedade internacional. Essas mudanças têm sido acompanhadas de uma reavaliação da soberania como valor. Esse valor nunca foi aceito de forma incondicional, mas foi raramente contestado com eficácia a partir da segunda metade do século XVII."

¹⁰⁷ Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 51) observa que, "com as mudanças das relações econômicas internacionais, notadamente no período compreendido na segunda metade do Século XX, o crescimento da economia dos países passou a pautar-se na evolução da ordem econômica mundial. Esta, por sua vez depende

comportamentos humanos ditados por sistema comunicacional global, tem promovido uma padronização de ordenamentos jurídicos. Cogita-se, no âmbito do direito internacional, de um constitucionalismo global. Segundo FERRAJOLI (1998, p.173):

Um constitucionalismo global suscita tres cuestiones principales a La teoria jurídica: a) la ausencia de garantías judiciales a nivel internacional; b) el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia de la debilitación de la soberanía estatal; c) La posibilidad de um derecho de asilo como contrapeso; si bien débil, de La concepción estatista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía.

Essa dimensão de debate ocorre justamente porque o sujeito titular de direitos em determinado local do globo está em semelhante posição (econômica, política, social, comunicacional) que outro sujeito, a milhares de quilômetros. Os grupos sociais estão indissociavelmente integrados pelas redes comunicacionais nessa nova sociedade cosmopolita, pertencendo a uma mesma dimensão cultural.

Afirma MARANHÃO (2009, p. 68) que a globalização:

[...] acelera os resultados provenientes dos acontecimentos em quaisquer setores da sociedade, de maneira que não há que se falar mais em ações isoladas em uma determinada região, pois todas as nações estão entrelaçadas pelas características do mundo contemporâneo.

HABERMAS (*apud* Flávio Bezerra de Farias, 2001, p. 73) anota que:

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia da paz perpétua adquiriu uma forma concreta nas instituições, nas declarações e nas iniciativas políticas das Nações Unidas (e outras organizações supranacionais). O desafio que representaram as catástrofes incomparáveis que marcaram o século XX favoreceu o desenvolvimento dessa idéia. Esse sombrio pano de fundo ativou, para retomar o termo de Hegel, 'o espírito universal'.

A globalização se caracteriza também pela velocidade, pela abrangência, pela dinâmica da transferências de produtos e serviços no mercado de consumo e, principalmente, pela instantaneidade das informações. Seguindo o raciocínio de CASTRO DE LIMA (2004, p. 153):

do desenvolvimento das relações comerciais entre estes países, sem a qual não há como se vislumbrar uma economia em escala mundial. Hoje, tal processo de integração é aplicado em praticamente todos os continentes, vide a constante formação e fortalecimento de blocos econômicos, apesar das divergências quanto à forma, quanto à velocidade e quanto à intensidade. Observe que o principal caminho para o crescimento das economias é a ampliação do comércio internacional, uma vez que as nações dependem do intercâmbio comercial para atender suas necessidades internas”.

[...] tais fatores contribuíram para o aumento da internacionalização do comércio, produzindo um crescimento gigantesco no comércio internacional, em tal proporção que tornou os Estados impotentes para controlar os fluxos de capitais¹⁰⁸, fazendo com que as fronteiras nacionais começassem a perder sentido.

E como se apresenta o Estado, como ente pacificador, nesse cenário hodierno? Eleito pelos pensadores da modernidade dos séculos XVII, XVIII e XIX, como o titular exclusivo do poder, da função e da atividade jurisdicional, pode-se se dizer que existe, na atualidade, eficiência por parte do Estado no cumprimento desse papel? O Estado tem conseguido a promoção do acesso à justiça dos indivíduos no mundo globalizado através da atuação de seus organismos jurisdicionais?

Ao mesmo tempo em que o Estado Democrático de Direito declara direitos e garantias fundamentais em favor de seus cidadãos, buscando, ao menos em tese ou juridicamente, a concepção de bem estar social do século XX, a concretização desse ideal não se opera fenomenicamente no âmbito das soluções de conflitos. O Poder Judiciário, sendo o principal referencial de seguridade do indivíduo para a solução de conflitos¹⁰⁹, tornou-se, praticamente, a única instância de solução de conflitos, mas com uma reconhecida incapacidade de promover efetivo acesso à justiça. A esse respeito, escreveu MARÉS (2003, pp. 239 e 240):

Os Estados nacionais ao se constituírem, porém, arrebatarem para si a soberania do povo e esqueceram a teoria formadora, assim como esqueceram os próprios povos. O argumento lógico, racional e de aparente coerência para o esquecimento é que o Estado, ao traçar seus limites na Constituição escrita por todos, de legitimidade reconhecida por todos, amada por todos, certamente não seria usurpador, mas legítimo depositário da soberania popular. Se o povo, em contrato social firmado com liberdade

¹⁰⁸ Aqui, verifica-se um interessante paradoxo. Um dos fundamentos ideológicos da globalização é o neoliberalismo estatal¹⁰⁸. No entanto, o Estado neoliberal é uma reação ao Estado do bem-estar social, intervencionista. Suas bases teóricas podem ser encontradas na obra "O caminho da servidão", de Friedrich Hayek. Voltando ao pensamento de Abilio Lázaro Castro de Lima (2004, p. 154), "(...) um dos principais teóricos do neoliberalismo são os economistas Hayek e Milton Friedman, (...), que preconizam basicamente a instauração de um Estado mínimo, que se incumba de funções reduzidas, desde que se garanta uma sociedade de livre mercado em âmbito internacional, contribuindo tais teorizações para a implementação da globalização econômica. (...) O papel do Estado seria o de garantir e proteger o livre mercado, reduzindo-se e/ou suprimindo-se as tutelas estatais no âmbito social. Segundo os corifeus do neoliberalismo, no embate entre a democracia e a liberdade, vista a última sob o enfoque econômico, esta deveria prevalecer". A contradição reside justamente no fato da humanidade depender cada vez mais do Estado para a efetividade do cumprimento das garantias declaradas na constituição, em um ambiente econômico e político neoliberal, que repele o intervencionismo estatal.

¹⁰⁹ Aliás, diga-se, elevado a esse patamar pelo próprio cientificismo processual, o Judiciário passou a ser a única instância de decisão no âmbito constitucional, para a solução de todas as dissensões sociais, desde as causas mais simples e suas microlesões econômicas e sociais, às mais complexas relações jurídicas.

e consciência, entregara ao Estado a soberania, nada mais justo que, fundado no direito, a exercesse com dignidade, garantindo internamente os direitos individuais e externamente a autodeterminação sobre todo o território. (...) Assim se constituíram os Estados nacionais contemporâneos, distanciando-se dos povos e criando um governo teoricamente independente, tendo a Constituição acima de tudo e a lei por argumento de legitimidade. (...) O Estado constitucional, ou contemporâneo, inventado para satisfazer os interesses econômicos da burguesia, vive em crise desde seu nascimento porque não consegue suportar a contradição que ele mesmo engendrou: prometeu liberdade e entregou livre aquisição dos frutos do trabalho alheio, prometeu igualdade e entregou meios contratuais que legitimam a vontade soberana individual, prometeu fraternidade e entregou formas viciadas de representação política.

Introduzindo o debate sobre o conceito teórico da expressão *acesso à justiça* e analisando o intervencionismo estatal, Mauro Cappelletti e Bryant Garth buscam a fundamentação lógica para uma mudança de paradigma na solução de conflitos. Essa mudança de perspectiva, de acordo com o pensamento dos referidos autores, está diretamente relacionada com o crescimento em tamanho e complexidade dessa mesma sociedade, no século XX, o que exigiu uma reformulação dos princípios de solução de conflitos concebidos na modernidade, com a presença cada vez mais ativa dos organismos estatais. Segundo CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 9):

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 de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. (...) 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*. (...) O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

E continuam, CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 10):

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. (...) Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do

Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente então que o direito ao acesso à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

A litigiosidade decorrente da própria mutação social, natural em sociedades em que o fornecimento de bens e serviços é massificado, promoveu a canalização da solução dos conflitos ao Poder Judiciário e o esgotamento de medidas eficazes para soluções de lides, provocando o estrangulamento do próprio instrumento de acesso à justiça.

O Judiciário, órgão que deveria ser a seara garantista dos indivíduos, conforme delineado pelo projeto do Estado Democrático de Direito, passou a sofrer o descrédito de não conseguir atingir a finalidade para o qual foi constituído, em decorrência da insuficiência de suas estruturas materiais e humanas, ocasionando a impossibilidade de suprir a necessidade de prestação jurisdicional ante às necessidades de uma sociedade globalizada.

Sobre os efeitos que essa crise promoveu no âmbito do processo civil, CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 12) arrematam:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Miguel Reale, em brevíssima manifestação, entendeu que em meados dos anos dois mil a sociedade brasileira passou por um momento que chamou de *Crise da Justiça*. Diagnosticando vários fatores contributivos, pragmáticos e imediatos para essa crise, asseverou Reale (2005, pp. 11 a 13):

Desde a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução – ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma – até o leal reconhecimento de que nem mesmo o Poder Judiciário ficou isento dos malefícios da corrupção, pode-se dizer que não houve causa relevante que não fosse aduzida para explicação da mencionada crise. (...) Com razão foi dado realce aos empecilhos de uma legislação processual obsoleta, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas; à carência nos órgãos judiciários dos meios eletrônicos que a técnica de comunicação atualmente predomina nos domínios empresariais, prevalecendo ainda antigas praxes cartoriais; à crise do ensino jurídico que impede a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas nos quadros da magistratura; à revisão e atualização da organização judiciária, graças à autonomia que a Constituição confere ao judiciário; à condigna remuneração compatível com alta missão confiada aos magistrados, obedecidas, porém, as possibilidades financeiras do Poder Executivo, e sem se criarem diferenças gritantes em conflito com o que é pago a seus auxiliares.

É nesse contexto crítico da efetividade da prestação jurisdicional, em razão das conseqüências naturalmente decorrentes das transformações mobilizadas pelo processo de globalização, que ressurge a arbitragem como mecanismo adequado de soluções de conflitos. Se as lides que se formam nesses ambientes sociais semelhantes (ainda que territorialmente distantes) possuem tamanha similitude¹¹⁰; se os interesses orbitam sob as mesmas referências comportamentais em todo o globo; e, principalmente, se os sistemas de direitos e garantias individuais e coletivos uniformizam-se a cada dia, tomando a globalização como paradigma, a persecução do acesso à justiça nos diversos Estados Democráticos de Direito deve contar com a arbitragem como um adequado instrumento de solução de conflitos na era da globalização.

¹¹⁰ As noções de conflitos de interesses, de pretensão, de ação, de processo não se afastam abruptamente, em seus elementos essenciais, conceitos e princípios estruturantes de paradigmas estabelecidos em diversas partes do globo. A perspectiva do processo como um instrumento de solução de conflitos de interesses não se diferencia substancialmente quando se analisam os modelos dos Estados Democráticos de Direito. Apesar de sistemas diferenciados (principalmente a partir da dualidade *civil law - common law*) os referenciais para organização desses sistemas são os mesmos. Os órgãos jurisdicionais dinamizam o exercício de suas funções e estruturam a sua atuação para solução das demandas sociais sob semelhantes plataformas constitucionais. Esses mecanismos, ou instrumentos de solução de conflitos, nos diversos Estados nacionais democráticos estão muito sintonizados, quando avaliados aspectos gerais do processo, como, por exemplo, os princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, do afastamento de tribunais de exceção, o controle de constitucionalidade, dentre outros.

As relações jurídicas intersubjetivas são cada vez mais semelhantes além das fronteiras do território nacional. As culturas, as tradições, estão mais uniformizadas, conectadas, vinculadas. Há uma marcante tendência de padronização comportamental. As pessoas são consideradas como um grupo, como um todo, como uma massa uniforme que responde de modo semelhante a impulsos, onde quer que esteja: são mercados. Os indivíduos estão conectados em uma rede global intercomunicativa que os fazem pertencentes a grupos de comportamentos homogêneos, com respostas impulsivas semelhantes e massificadas, apesar do distanciamento espacial.

As relações jurídicas intersubjetivas, nestes diversos países, estão alicerçadas em semelhantes princípios de ordem econômica, social e política¹¹¹. Ora, não há porque, sob essa ótica, nessa dinâmica de organização social global, insistir-se em mecanismos de solução de conflitos ineficientes, obsoletos, baseados sob as premissas da formalidade e estruturados em sistemas burocráticos, ainda que em nome de uma suposta segurança jurídica ou soberania estatal¹¹².

LIEBMAN (*apud* Gidi, 1995, p. 19), já em 1943, afirmava que:

Há uma 'tendência socializadora e antiindividualística do direito', que vem abrindo caminho em toda parte. 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.

Discorrendo sobre a variabilidade histórica dos direitos do homem, BOBBIO (1992, p. 18) ensina que:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. É o mundo dos fatos que,

¹¹¹ Em tempos de globalização o futuro de cada país depende cada vez menos de suas concepções políticas internas e mais das decisões externas, tomadas em sedes de políticas supranacionais ou por poderes econômicos globais.

¹¹² Constatando a existência de um *constitucionalismo global*, Cambi (2010, pp. 65 e 66) anota: "As convenções internacionais de direitos humanos fazem com que os direitos fundamentais existam não somente no interior dos Estados, nas Constituições onde são positivados. Tornam-se direitos supranacionais, vinculando e subordinando Estados em nível internacional, a fim de que os direitos das pessoas prevaleçam, independentemente da nacionalidade ou da cidadania. (...) Com efeito, a adesão de um número significativo de Estados aos grandes pactos internacionais de direitos humanos se enquadra no que pode se denominar de *constitucionalismo global*. (...) No entanto, a construção de um *constitucionalismo mundial (universalismo)* vai além da existência de instituições internacionais adequadas, pois depende de uma sociedade civil global, que esbarra nas profundas diferenças culturais (multiculturalismo) entre os povos (diferentes tradições, línguas, religiões, condições e estruturas jurídicas, econômicas e sociais), agravadas em um contexto econômico transnacional."

revestido de roupagem axiológica pelo Estado, transforma-se em normas jurídicas, tutelando interesses que não são concernentes a um indivíduo apenas, mas a uma comunidade de indivíduos, e que reclamam tratamento próprio. Assim, ao lado dos direitos individuais, interesses outros nasceram com o desenvolvimento da humanidade, deixando de lado o caráter simplesmente individualista que marcou os regimes jurídicos constituídos no Século XIX, para lhes conferir um sentido mais abrangente, denominado de coletivo.

Um dos problemas ventilados é, justamente, a concepção formalista estrutural do processo, e em especial do processo civil brasileiro, responsável pela organização do sistema jurisdicional atual no Estado de Direito, ainda voltado para uma concepção extremamente formalista, apesar de sucessivas reformas. Segundo DINAMARCO (2009, pp. 34 e 35):

O sistema político-constitucional de oferta do serviço jurisdicional resolve-se no equilíbrio entre uma fundamental promessa de absorção de pretensões de pessoas em busca de satisfação e uma série de limitações ao exercício do poder de recebê-las, processá-las e acolhê-las. A promessa fundamental reside na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que em outros tempos metodológicos era interpretada como mera garantia da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV). Ela constitui o eixo fundamental em torno do qual outras promessas gravitam, no contexto do zelo político-constitucional pela efetividade dos direitos e conseqüente exaltação da condição humana (...). Essa tendência constitui projeção do momento político vivido e manifesta-se não somente em sentido horizontal, ampliando o âmbito das prestações jurisdicionáveis e das pessoas com possibilidade de ingresso em juízo e aptas a receber a tutela (...). Fala-se em *universalização* para expressar essa tendência expansionista tanto no pólo quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical). *Reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis e dar tratamento adequado aos jurisdicionados.*

Elaboradas originariamente para a tutela de situações unicamente individuais, as regras de solução de conflitos em seara estatal, concebidas na dimensão individualista e personalizadora da modernidade positivista, não propiciaram tratamento eficaz e proteção adequada dos novos interesses, individuais e coletivos, que se apresentam em face da globalização.

Nesse esteio, justifica-se a preocupação com o desenvolvimento de instituições, mecanismos e procedimentos que possam superar as barreiras em torno da efetividade dos direitos¹¹³. Destinados à realização dessas finalidades,

¹¹³ Sobre o tema da necessidade de reformas no sistema do processo civil Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 13) assevera: "Na realidade, não são só daqui nem só de hoje as tentativas de aperfeiçoar o sistema processual. Nem é necessário mergulhar tão profundamente no passado, para descobriremos nobres iniciativas assim motivadas. Começamos com as sadias propostas do austríaco Franz Klein, obcecado inimigo dos formalismos exagerados, em sua luta por 'um processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres'; essa fórmula

vários estatutos foram recentemente constituídos sob a égide da acessibilidade, da desburocratização, do informalismo e da celeridade¹¹⁴.

A exemplo, nas décadas de oitenta e noventa, vieram a Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90 (que organizaram em conjunto a tutela processual de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), a Lei 9.099/95 (que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), e a Lei 9.307/96 (que instituiu e definiu o modelo interno de arbitragem no Brasil). Nos anos dois mil, se seguiram outras diversas modificações no sistema processual, denominadas minireformas do Código de Processo Civil.

Todos esses são importantes referenciais normativos na tentativa de criação de novos mecanismos de promoção do acesso à justiça¹¹⁵. Mas não há se duvidar, por outro lado, que a arbitragem, na esteira desse processo de universalização ou uniformização comportamental, é o instrumento de solução de litígios que mais se amolda a essa novel perspectiva de mundo¹¹⁶.

é do começo do século XX, estava apoiada na reforma legislativa operada em seu país desde o fim do século anterior (ZPC austríaca, de 1895), mas até hoje continuamos, um pouco romanticamente, a propugnar por um ' processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres' sem podermos dizer que já tenhamos chegado ou que estejamos chegando a resultados satisfatórios. Pensemos ainda no histórico e alentador *modelo de Stuttgart*, fruto de autêntica revolução judicial encetada com vista a um processo célere, coexistencial e deformalizado, conduzido com a preocupação pela celeridade e aderência às necessidades do jurisdicionado – do qual muito se falou neste país quando se tratava de implantar o microssistema das pequenas causas, sendo este ardorosamente esperado como a solução definitiva para o endêmico mal da *litigiosidade contida*. Pensemos ainda, em tempos mais recentes, nas *Reformas do Código e Processo Civil*, que como movimento em prol da eliminação dos entraves burocráticos da lei processual e agora se propõem a uma amplíssima revisão de todo o sistema (...). Nem podemos deixar no esquecimento a verdadeira revolução legislativa operada neste país em uma verdadeira 'transmigração do individual para o coletivo' mediante a rica legislação voltada à tutela jurisdicional dos titulares de direitos transindividuais – Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente etc. (...) Com tudo isso, todavia, voltemos às perplexidades realçadas ao início. Melhorou o sistema processual? O universo dos jurisdicionados está mais feliz? O Poder Judiciário vem resgatando sua credibilidade e legitimidade social? São perguntas que não necessitam de resposta.

¹¹⁴ A ampliação do acesso ao judiciário, especialmente nos últimos 25 anos, é também uma decorrência desses eventos globais. O desenvolvimento de um microssistema de ações coletivas; a promulgação do Código de Defesa do Consumidor com a previsão de diversas prerrogativas garantistas (como, por exemplo, a relativização do *pacta sunt servanda* na seara contratual e a inversão do ônus da prova no âmbito processual); a constituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a previsão de um novo procedimento menos complexo; são tentativas de diminuir os danosos impactos dessa *Crise do Judiciário*. Esse fenômeno jurídico-social é estudado por Cândido Rangel Dinamarco, e por ele denominado *universalização da jurisdição*.

¹¹⁵ Evidentemente, meras tentativas de promoção de reformas dos estatutos processuais, no afã de se tentar equalizar o desequilíbrio entre as demandas incontidas de litígios, têm se mostrado insuficientes para promoção de efetivo acesso à justiça. Pelo contrário, se fragmenta cada vez mais o Estatuto Processual, deformando-o em sua unidade sistêmica em nome da celeridade e efetividade. Miniformas e criação de microssistemas processuais paralelos, em verdade, apenas atestam a crise da unidade processual formalista constituída sob os alicerces da modernidade dos séculos XIX e XX.

¹¹⁶ A propósito da arbitragem no bojo do processo de globalização, sua concepção universalista e sua qualificação como instrumento de acesso à justiça no Brasil e de uma alternativa ao formalismo da jurisdição estatal, referencia-se o pensamento de Cláudio Vianna de Lima (1999, p. 10), quando comenta os efeitos da Lei nº 9.307/96, intitulada Lei da Arbitragem: "A promulgação da Lei n. 9.307/96, recente, como a edição de leis modificando o processo tradicional do judiciário, se devem a um movimento universal de ampliação do acesso à justiça, obstaculizada pelas leis de processo que, em se transformando, de formais em formalistas, de instrumentos de realização da justiça em óbices à mesma justiça, são fatores nocivos importantes na crise, mundial, do judiciário. (...) Ao se referir ao movimento universal epigrafado, é de se observar que 'acesso à

Pela mesma razão, deveria ser, também, um importante meio de composição de lides no ambiente doméstico. Para CACHAPUZ (2006, p. 3):

A Arbitragem estabelece-se em nossa sociedade transmitindo a certeza de que trilhamos caminhos que nos levarão a encontrar mecanismos mais flexíveis e menos ortodoxos, seguros e informais, destinados à melhor satisfação das pretensões dos jurisdicionados, na busca e no encontro da justa composição de seus conflitos, em sede nacional ou internacional, e, portanto, voltados a tão decantada pacificação social.

Realmente, a perspectiva de exclusividade do exercício do poder jurisdicional para a solução dos conflitos sociais, com a injustificada segregação da arbitragem em nome da preservação de unidades legislativas de caráter meramente formal, caminha de encontro ao novo cenário e, notadamente, à nova realidade globalizada.

CAMBI (2010, pp. 60 e 61), nesse sentido atesta:

Alguns reflexos da globalização também são sentidos em países como o Brasil, apesar da inexistência de um direito comunitário efetivo. A arbitragem, por exemplo, há algum tempo permite que decisões tomadas por árbitros, em âmbito internacional, imponham-se sobre as decisões de juízes nacionais, fragmentando o direito nacional, como forma de responder às exigências da globalização dos mercados, uma vez que os custos, a morosidade e o surgimento de litígios altamente complexos tornaram a via judicial menos atrativa.

Cândido Rangel Dinamarco, em obra intitulada *A nova era do processo civil*, dá a tônica que deve permear a concepção de processo a partir desse novo tempo. A questão, segundo Dinamarco (2009, p. 20), é de mudança de atitude e de postura:

As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismo que

justiça' tem significado peculiar e mais abrangente. Não se limita à simples entrada, nos protocolos do judiciário, de petições e documentos, mas compreende a efetiva e justa composição dos conflitos de interesses seja pelo judiciário, seja por forma, outra, alternativa, como são as opções pacíficas, a mediação, a conciliação e arbitragem."

entram à máquina e abriam-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida às angústias dos sujeitos em conflito.

Evidentemente, não há efetividade ou dinamismo processual globalizado que justifique a ofensa a direitos e garantias fundamentais. Dizer da possibilidade de universalizar ou padronizar medidas processuais objetivando a concretização de direitos homogeneamente declarados e o acesso à justiça não significa superar as premissas humanitárias conquistadas e esculpidas em textos constitucionais. A adequação ou internalização de uma nova ordem jurídica de caráter globalizado deve respeitar, em qualquer tempo, os direitos e garantias fundamentais tutelados pelo Estado Democrático de Direito. Aqui está o limite para a concepção neoliberal de processo, sob o viés dessa nova ordem jurídica decorrente da globalização.

A convergência de padrões e modelos de organizações sociais, principalmente após a segunda guerra, especialmente em face de relações jurídicas uniformizadas têm exigido alternativas além-fronteiras de soluções de conflitos, mais adequadas, funcionais e cada vez mais especializadas. A universalização da arbitragem é uma realidade efetiva. Já a sua efetiva concretização, no plano interno, é medida que, certamente, contribuiria para mitigar o grave sufocamento imposto pela própria sociedade ao aparelhamento judiciário estatal.

2.4 A ARBITRAGEM NO BRASIL: UMA APARENTE ANTINOMIA ENTRE A VIABILIDADE E A DESCONFIANÇA

Uma das alternativas para essa crise do processo judicial, no Brasil, é estimular a arbitragem como mecanismo alternativo de solução de conflitos. Aliás, a arbitragem sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico. Desde a Constituição Imperial, de 1824, prevê-se a arbitragem. Aquele texto, dispunha, no artigo 164, que “nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomearem Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (Cretella Netto, 2009, p. 23).

De matiz mercantil, a arbitragem não poderia estar de fora do Código Comercial de 1850. O texto originário, a exemplo do Código Comercial Francês, implantou a arbitragem obrigatória para as lides entre sócios de sociedades mercantis.

O Decreto n. 3.900, de 1867, regulamentou a arbitragem novamente como uma opção entre as partes litigantes na solução de seus conflitos. De acordo com Cretella Netto (2009, p. 23) art. 9º deste Estatuto estabelecia que:

A cláusula compromissória sem a nomeação de árbitros, ou relativas a questões eventuais (futuras) não vale senão como promessa e fica dependente para a sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º (obrigatórios) senão também sobre as declarações do art. 10º (facultativos).

O instituto da arbitragem também foi previsto no primeiro Código Civil brasileiro que, em seu artigo 1037¹¹⁷, dispôs sobre a possibilidade de instituição do compromisso arbitral¹¹⁸.

A Constituição Federal de 1934 voltou a posicionar a arbitragem na sede mais alta do ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, inciso XIX, alínea c, dispôs expressamente: *compete privativamente à União: (...) legislar sobre (...) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, (...)*. (Cretella Netto, 2009 p. 23)

As Constituições Federais seguintes (1946, 1967 e 1988) silenciaram acerca do instituto. Para CRETELLA NETTO (2009, p. 23):

A falta de menção expressa à arbitragem no texto constitucional, e também devido à ênfase nas garantias fundamentais, dentre elas as do devido processo legal e do acolhimento do princípio da inarredabilidade da prestação jurisdicional, levou algumas vozes mais afoitas a se levantarem em favor da posição de que a arbitragem estaria suprimida *tout court* de nosso ordenamento jurídico.

Carlos Alberto Carmona, nas primeiras linhas de sua obra *Arbitragem e Processo*, à guisa de introdução, examina os obstáculos diversos,

¹¹⁷ O referido dispositivo legal era assim redigido: “As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais e extrajudiciais”. Interessante é a possibilidade da arbitragem ser instituída inclusive para a solução de lides judiciais.

¹¹⁸ Cretella Netto (2009, p. 23) comenta que o art. 1041 desse primeiro Estatuto Civilista equiparava a jurisdição estatal à jurisdição arbitral registrando que “os árbitros são juizes de direito e de fato, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes”.

políticos e jurídicos, impostos à utilização da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei n. 9.307/96. Para CARMONA (2006, pp. 22 e 23):

Em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código de 1916 e o Código de Processo Civil não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral. Um vínculo absurdo com a jurisdição estatal, que refoge à própria essência do instituto da arbitragem, “contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil”.

Percebendo, pois, o atraso da legislação brasileira, até em relação aos demais países sulamericanos, em 1981 surgiu o primeiro anteprojeto de lei sobre arbitragem. Apesar de prever o compromisso e a cláusula arbitral, bem como o afastamento da jurisdição estatal quando da opção pelo arbitramento, o projeto foi abandonado. Assim, também ocorreu com o projeto de 1986.

Em 1988, houve mais uma tentativa de instituir a arbitragem no Brasil, modificando-se algumas disposições do Código de Processo Civil. Três importantes objeções se fizeram a esse anteprojeto: a uma, previa que a cláusula arbitral, quando firmada, já deveria prever o objeto do litígio (o que é impossível em face da eventualidade e futuridade das lides); a duas, que o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de apelação ao Tribunal de Justiça local, o que desconstituiu a autoridade do árbitro; a três, que o árbitro deveria, obrigatoriamente, ser bacharel em direito, quando se sabe que a arbitragem, em face do seu atributo de especialidade técnica, não deve exigir tal qualificação do julgador. A pretensão de instituir a arbitragem, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, fracassou pela terceira vez.

Diante desse cenário, registra CARMONA (2006, p. 27) que:

[...] abateu-se o desânimo sobre os estudiosos da arbitragem (...). Percebeu-se que a iniciativa para alteração radical do Código de Processo Civil não haveria de partir de setores governamentais, mas deveria emergir da própria sociedade, através das categorias mais interessadas em fazer romper as teias em que se achava enredado o instituto da arbitragem no Brasil. (...) Foi assim que, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a *Operação Arbitrer*, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias.

O trabalho resultou em anteprojeto e depois de intensas discussões, sugestões, alterações, transformou-se na Lei da Arbitragem, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, composta de 7 (sete) capítulos e 44 (quarenta e quatro) artigos, revogando as disposições do Código de Processo Civil que tratavam da matéria.

A luta para constituir os referenciais normativos da arbitragem no Brasil, bem como a resistência dos operadores do direito e, principalmente, da própria sociedade para aceitar a arbitragem como um mecanismo eficiente, justo e ágil para a composição de lides, pode ser explicada por uma *praxis* processual centenária alimentada por uma antipatia ao instituto¹¹⁹.

Essa visão da solução de conflitos pela atuação exclusivamente jurisdicional, estatal; essa repulsa à concessão de poder de composição de lides em ambiência privada; essa verdadeira ojeriza à liberdade procedimental própria da arbitragem deriva de uma compreensão paternalista de que o Estado é o único capaz de “dizer o direito” pela via jurisdicional, e a crença de que as instituições estatais jurisdicionais são a expressão máxima ou exclusiva da *justiça* no corpo social.

No caso do direito brasileiro essa perspectiva de sacralidade das instituições jurisdicionais tem origem na própria história colonial. O Brasil antes de sua independência (em 1822) e enquanto colônia de Portugal foi regido por um conjunto normativo com forte inspiração religiosa, as Ordenações Lusitanas¹²⁰, marcadas pelo patrimonialismo¹²¹, burocracia e pela tradição conservadora.

¹¹⁹ Para Carmona (2006, pp. 19 e 20): “A resistência histórica à arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo de 1939 (que não avançava muito em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas que ficou devendo um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono. (...) Pontes de Miranda, sem favor algum um dos maiores juristas que nosso país já teve, chegou a asseverar, sem cerimônia, que o juízo arbitral ‘é primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo’. E mais: ‘é arma efficacíssima do capitalismo tardio, eliminador da concorrência e da segurança extrínseca (da certeza sobre qual a lei que regeu e rege os negócios de cada um)’.”

¹²⁰ As Ordenações Filipinas se mantiveram parcialmente em vigor até 1917, quando entrou em vigência o primeiro Código Civil brasileiro. A primeira geração de juristas genuinamente brasileiros foi naturalmente inspirada por essa ideologia judicializante.

¹²¹ Acerca do patrimonialismo que permeou o processo colonialista brasileiro, Antonio Carlos Wolkmer (2007b, p. 43), explica que “a categoria ‘patrimonialismo’ deve ser interpretada sob a óptica do referencial weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado. Sua prática no Brasil ocorre quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras. Nessa contextualização, escreve Raymundo Faoro, ‘não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio – que é também seu patrimônio. (...) A sociedade, em tal situação, pode chegar a ser (...) um pouco autônoma, mas nunca

O conjunto normativo lusitano continha um livro específico de regras sobre os privilégios do corpo eclesiástico, da nobreza e dos funcionários públicos¹²², alocando-os, portanto, na mesma dimensão da participação política na sociedade. O tradicionalismo próprio de governos monárquicos se infiltrou em todas as instituições coloniais.

O país não se constituiu como o produto de uma gênese histórica e política nacional ou de uma sociedade em formação. Foi apropriado territorialmente para a instalação de um aparato burocrático representativo de uma vontade hegemônica e conservadora, tradicionalista e regressista, segundo um modelo econômico feudal medieval, fortemente influenciado pela Igreja¹²³.

Enquanto a Europa deflagrava as bandeiras do constitucionalismo, do liberalismo e invocava a autonomia da vontade como referenciais para a elaboração de sistemas legislativos, a primeira Constituição do Império do Brasil, em 1824, previa em suas disposições iniciais uma mutação do sistema de tripartição funcional do poder, com o amorfo e antinômico Poder Moderador¹²⁴ (a ressurreição do absolutismo), impondo ainda o Catolicismo como religião oficial¹²⁵.

Nesse passo, e com o intuito de se tentar demonstrar a origem de uma cultura de resistência à solução arbitral de conflitos, importa lembrar que as duas primeiras Faculdades de Direito, no Brasil, foram instituídas no âmbito de instituições religiosas (a Faculdade de Direito de São Paulo, no Convento do Largo

independente: não será ela que ditará ao poder público a política, mas será a política que lhe ditará a conduta (...).¹²²

As Ordenações Filipinas, instituídas no Reino de Portugal, em 1603 e vigentes na colônia a até o advento da Constituição e da legislação infraconstitucional brasileira, era organizada com a seguinte estrutura temática: Livro I – Direito Administrativo e Organização Judiciária. Livro II – Direito Eclesiástico, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Livro III – Processo Civil; Livro IV – Direito Civil; Livro V – Direito Penal e Processo Penal.

¹²³ Essa perspectiva colonialista, patrimonialista, tradicionalista, forjou as estruturas dos órgãos constituídos para a solução de lides e conflitos e formatou a consciência sagrada de que o Estado é a única entidade dotada de capacidade de realizar a justiça. Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2007b, 84 e 85): “É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Friza-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam. Nesta historicidade buscou-se, sobretudo, descrever o processo ideológico de formação do Direito e da Justiça oficiais ao longo da colonização do país, bem como sua interdependência com uma ordem institucional político-administrativa, marcada pela coexistência antagônica e conflitante de formas tradicionais (patrimonialismo) com procedimentos racionais (burocracia).”

¹²⁴ Dispunha o art. 98 da Constituição Imperial que: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos.”

¹²⁵ Assim dispunha a Constituição Imperial de 1824, em seu art. 5: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.”

de São Francisco, e a Faculdade de Direito do Recife, no Mosteiro de São Bento, em Olinda). Estas instituições refletiam, segundo WOLKMER (2007b, p. 100),

(...) a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando uma nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país.

A dimensão sacro-ideológica que acompanhou o direito brasileiro formatou a idéia e a crença de que apenas as instituições judiciárias são as entidades capacitadas para solucionar os litígios. Especificamente em relação ao direito canônico ministrado na Escola de Direito do Recife, destaca WOLKMER (2007b, p. 102):

Ao pesquisar a história da Faculdade de Direito do Recife, Lilia M. Schwarcz destaca que a primeira etapa decorrida em Olinda “pouco ofereceu enquanto produção intelectual inovadora. O que restou foram, sobretudo, as estruturas rígidas dos cursos, as reproduções de obras jurídicas do estrangeiro, as profundas raízes e influências dos mestres religiosos e do jusnaturalismo católico. Trata-se de uma ciência católica, comprometida com a revelação divina e com a defesa do caráter imutável da monarquia.

Essa visão modelou a perspectiva de sobrenaturalidade do poder exercido pelos órgãos jurisdicionais. O juiz de direito sempre foi visto, no Brasil, e a partir dessa construção, como um sujeito dotado de *poder*, referenciado não apenas como autoridade, mas como o mensageiro da justiça. O único capaz, pelo instrumento da sentença judicial, de promover a pacificação social.

Essa noção excessivamente enaltecida (do Poder Judiciário como o único órgão de solução de conflitos e do juiz como alguém dotado de poder absoluto¹²⁶) foi de tal forma consolidada social e culturalmente no Brasil, que, de um modo geral, a confiança de uma decisão justa somente repousa sobre a figura do juiz de direito¹²⁷.

¹²⁶ Sobre o *poder* do magistrado, Sérgio Alves Gomes (1995, p. 42), ensina que: “A expressão *poderes do juiz* significa, em verdade, *manifestação do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo*. São múltiplos os momentos em que, no decorrer do itinerário a ser percorrido pelo processo, terá o juiz atuar diretamente, impulsionando-o para que atinja suas finalidades instrumentais. Para cada um desses momentos e atos as normas processuais estabelecem limites e formas a serem observados pelo juiz, dizendo-lhe o que deve e o que não deve fazer. Tem ele o poder e o dever de agir adequadamente. Poder, porque somente a ele o Estado confere autoridade para dirigir o processo e julgar a controvérsia; dever, porque não pode eximir-se de praticar os atos que lhe competem, sob nenhum pretexto.”

¹²⁷ A propósito, a expressão *confiança* (derivada do latim *fides*) representa bem essa perspectiva da relação entre o jurisdicionado e o Poder Judiciário.

Portanto, a arbitragem sofre hoje, no Brasil, com a descrença da própria sociedade.

Carmona (2001, p. 21) comenta que a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) previu em seu art. 25 que as partes podem optar pela arbitragem como forma de tentar abreviar o processo, outorgando, ainda, um caráter de maior especialidade à decisão final. Contudo, o mesmo autor reconhece que o instituto não conta, ainda, com confiabilidade social necessária para criar condições propícias para a sua expansão e utilização. Comentando sobre a pouca utilização do art. 25 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, CARMONA (2006, p. 21) registra que:

[...] a experiência acabou por revelar que, na maior parte dos Estados, as partes não se socorrem da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade levadas aos Juizados, sendo certo também que não houve, país afora, uma explosão de causas arbitrais que pudesse revelar uma preferência da população pela via arbitral em detrimento do processo estatal. Assistiu-se a uma verdadeira acomodação, percebendo-se que paulatinamente – e de forma lenta – os contratos de cunho comercial e os contratos societários passaram a incorporar cláusulas compromissórias; a arbitragem passou a ser um assunto cogitado pelos advogados para seus eventuais conflitos (...).

Interessante é refletir que essa é uma opção que as partes deveriam fazer, no momento da audiência conciliatória, a partir da orientação de seus próprios patronos. No entanto, a *praxis* na lida forense é judicial. Os fatores que levam os advogados a instruírem seus clientes a rechaçar, desde logo, a arbitragem são diversos: o desconhecimento da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos é, certamente, o principal deles¹²⁸.

As respostas, portanto, sobre as razões da preferência ou da opção pela judicialidade, em prejuízo da arbitralidade, podem ser encontradas, portanto, na história, na cultura, na educação e na própria lei, que sempre alimentou o sistema judicial com toda sorte de conflitos, especialmente aqueles que poderiam ser resolvidos em sede arbitral, sem lhe conceder suficiente e necessário aparato técnico e humano para um desempenho satisfatório. Esse proceder, obviamente, não contribui com a melhoria do sistema de soluções de conflitos.

¹²⁸ Com raras exceções, as faculdades de direito, em todo país, não incluem em seus currículos disciplinas relacionadas à solução alternativa de conflitos. A cultura jurídica, desde os primeiros anos de instrução na graduação, é de beligerância judicial. O operador do direito, com efeito, não é doutrinado adequadamente a desenvolver, no exercício de futuro encargo, propostas alternativas ao enfrentamento judicial.

Essa sobrecarga missionária tem adoecido as instituições judiciárias e comprometido a qualidade da prestação jurisdicional. Enquanto a Constituição Federal cobra devida motivação legal nas decisões judiciais, o ativismo judiciário impõe ao magistrado a responsabilidade de *produzir* sentenças em série¹²⁹ para o atingimento de metas estipuladas pelos órgãos de controle da atividade judiciária ante uma acentuada multiplicação de demandas judiciais, em todas as instâncias¹³⁰.

Esse novo modelo econômico, tecnológico, social e político, derivado do processo de globalização massificou as relações jurídicas, inclusive as processuais, potencializando os conflitos naturalmente originários de uma sociedade a cada dia mais complexa. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que exige do Estado a missão de pacificar rapidamente as disputas sociais, não crê no modelo de justiça arbitral.

Destacando esse momento oportuno para o desenvolvimento e estímulo de uma cultura arbitral, FRANCO, (2007, pp. 112 e 113) escreveu:

Houve, nos últimos quatro ou cinco anos, significativo aumento da utilização da arbitragem, da mediação e de instituições que as administram. Mas ainda é relativamente pequeno o percentual de profissionais do direito que se despiram dos preconceitos e dogmas que constituem barreiras à compreensão e à aceitação dos novos paradigmas e poucos são, ainda, os juristas que realmente se interessam pelo tema. (...) A arbitragem não é modismo, nem panacéia, muito menos mera privatização da jurisdição. Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em pequena escala, com a Paz social, eliminando de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do Direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto.

A arbitragem interna, a par das disposições constantes da Lei 9.307/96 continua sendo um importantíssimo mecanismo de solução de conflitos e

¹²⁹ A exigüidade de tempo para o magistrado examinar e decidir as questões e as provas que instruem os processos judiciais é fator determinante para a elaboração de sentenças, dia a dia, mais sintéticas e menos fundamentadas. O compromisso com os números e relatórios não permite, muitas vezes, uma dilação probatória necessária para a elucidação de fatos e para o amadurecimento do feito que, em certos casos, poderá promover a solução amigável em juízo.

¹³⁰ A título exemplificativo, em 1998 Miguel Reale (2000, p 105) elaborou brevíssimo excerto intitulado *A Crise do Judiciário*, no qual registra: "Em primeiro lugar, são deveras alarmantes os dados sobre o aumento progressivo das causas julgadas e em curso perante a Suprema Corte, desde a promulgação da Constituição de 1988, elevando-se de 6.637 em 1989 para 40.823 em 1997! Essa é, a meu ver, mais uma das conseqüências da demagogia triunfalista que imperou na Assembléia Nacional Constituinte, a qual, perdida em seu "totalitarismo normativo", elevou para o plano constitucional – a pretexto de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito – inúmeras questões da competência do legislador ordinário, ensejando, assim, uma plethora de recursos, a pretexto de inconstitucionalidade."

poderia retirar do Poder Judiciário a responsabilidade social que sobre ele pesa de “dizer o direito” com exclusividade, promovendo o efetivo e tão propalado acesso à justiça.

A aparente antinomia entre a viabilidade e a desconfiança acerca da arbitragem em uma sociedade globalizada deve ser analisada no âmbito de sua aplicação como instrumento de solução de conflito e pacificação social no Estado Democrático de Direito.

2.5 ARBITRAGEM: A RELATIVIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O instituto da arbitragem tem sido analisado como um importante mecanismo de pacificação social, a relativizar o monopólio do acesso à justiça hoje concentrado pela via judiciária. Seguindo os ensinamentos de CACHAPUZ (2000, pp. 37 e 38):

O desenvolvimento da vida urbana moderna e a industrialização levam às necessidades de formas de planejamento e programação que dependem de estruturas institucionais que possam suportar esses procedimentos. Na estrutura do federalismo, diversos fatores contribuíram para o aparecimento de novas formas de organização política e administrativa para que outros entes, que têm fisionomia jurídica as mais diversas, atendessem os reclamos da sociedade, podendo-se verificar a preocupação em criar meios alternativos que venham a possibilitar a solução de conflitos de forma mais célere. Um desses meios é a arbitragem, que sem os empecilhos e formalidades que envolvem o Judiciário, vem atuar como coadjuvante do Estado na distribuição da Justiça, solucionando as necessidades das sociedades modernas.

CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 82) anotam, nesse sentido:

O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssimas possibilidades de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes.

A Constituição Federal de 1988 elenca como um dos objetivos da República Federativa do Brasil (2011) “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, conforme descrito pelo art. 3º, inciso I. Ressalta, outrossim, o art. 170, *caput*, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na

livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Vê-se, desde logo, que a Carta Maior prevê a liberdade como valor fundamental da República e como princípio fundamental da ordem econômica, possibilitando às partes, na livre disposição de seus direitos e interesses optarem pela arbitragem, renunciando ao direito de propositura de ação judicial.

Não significa dizer que a opção pela arbitragem importará na renúncia às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade do julgador e da necessidade de decisões fundamentadas¹³¹. Isto é, o legislador infraconstitucional, apesar da plena liberdade conferida aos partícipes da justiça privada, procurou estabelecer para o procedimento arbitral os principais princípios constitucionais orientadores do processo judicial¹³².

A Lei da Arbitragem, inclusive, prevê expressamente a possibilidade de se decretar a nulidade de laudo arbitral que tenha contrariado esses princípios constitucionais que instruem e orientam o procedimento e a sentença arbitral. É possível o ajuizamento de ação para exercer o controle sobre procedimentos e decisões que violem as disposições constitucionais, especialmente as garantias fundamentais.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, logo quando entrou em vigor a Lei da Arbitragem, refutando os argumentos de processualistas que viam na arbitragem um sistema absolutamente autônomo em relação à jurisdição e, portanto, perigoso às

¹³¹ Todos esses princípios foram internalizados pela Lei de Arbitragem. O art. 21 reza, expressamente, que (2011): “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. §1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. §2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. §3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

¹³² De acordo com os ensinamentos de Carmona (2006, p. 327): “Como garantia máxima para as partes de que não serão submetidas a processo injusto, prevê a Lei sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Quanto ao contraditório, espera-se que os árbitros garantam partes não só a dedução dos argumentos que tendam a favorecer suas pretensões, como também aqueles que impugnem os argumentos do adversário.(...) A preservação da igualdade das partes na arbitragem é preocupação patente do legislador, a fim de evitar que o contratante economicamente mais poderoso possa impor sua vontade através de um simulacro de processo. (...) A imparcialidade, como já se viu, é condição *sine qua non* para a validade do laudo (...). Por fim, o livre convencimento do árbitro: a escolha de regras de julgamento que impinjam ao árbitro decisão contrária à sua convicção (através de normas rígidas de valoração das provas) é inaceitável, preconizando a Lei a prevalência da prova legal. Significa isto que não podem as partes retirar ao árbitro a faculdade de realizar livremente o exame crítico de todos os elementos probatórios para chegar à solução que lhe parecer mais justa, tornando-se claro, como ponto de equilíbrio do sistema, que o contrapeso desta liberdade (necessária) é a (também necessária) motivação da sentença arbitral.”

conquistas garantistas do Estado Democrático de Direito brasileiro, tratou de elencar seis argumentos que indicam um relativo controle do modelo arbitral de solução de conflitos. Segundo TEIXEIRA (1997, p. 197):

Conhecido é o prestígio que o constituinte brasileiro tem dado ao princípio consagrado no art. 5º, inc. XXXV da atual CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

(...) A exemplo do que também ocorreu em relação ao modelo anterior, não faltarão vozes, e respeitáveis, como já estão a ser ouvidas aqui e acolá, de que o novo instituto poderia representar uma fenda na solidez dessa garantia.

Tenho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões:

A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior.

A duas, pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, §3º, c/c art. 741, CPC).

A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inc. III do art. 584 do CPC. (...)

A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação (...).

A cinco, porque do Judiciário é o controle “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento”.

A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º).

Portanto, do ponto de vista jurídico e normativo descabe qualquer tipo de ataque ao juízo arbitral, no sentido de ser excludente de garantias constitucionais. Cuida, ao contrário, de um eficiente e proveitoso, milenar e tradicional, sistema de solução de conflitos.

Não se defende aqui, portanto, a relativização ou o afastamento da jurisdição, que continua sob as bases do Estado Democrático de Direito, sendo titularizada, exercida e revelada, pelo próprio Estado, respectivamente como manifestação de seu poder, de sua função e de sua atividade¹³³. Defende-se, isso

¹³³ Apresentando novos referenciais para o estudo da *jurisdição*, Dinamarco (2009, pp. 34 e 35) que “o sistema político-constitucional de oferta do serviço jurisdicional revolve-se no equilíbrio entre uma fundamental promessa de absorção de pretensões de pessoas em busca de satisfação de limitações ao exercício do poder de recebê-las, processá-las e acolhê-las. A promessa fundamental reside na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que em outros tempos metodológicos era interpretada como mera garantia da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV). Ela constitui o eixo fundamental em torno do qual outras promessas gravitam no contexto do zelo político-constitucional pela efetividade dos direitos e conseqüente exaltação da condição humana (...). Essa tendência constitui projeção do momento político vivido e manifesta-se não somente em sentido horizontal,

sim, a relativização do monopólio da solução de conflitos pelo Poder Judiciário, com o fomento da arbitragem, especialmente em se tratando de conflitos envolvendo relações de massa, com o objetivo de se garantir acesso à justiça.

Isso não significa suprimir a jurisdição, mas garantir ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica, a uma decisão justa, à efetiva solução do conflito em que se insere o que é perfeitamente possível com a arbitragem.

Com efeito, apesar das tentativas do Estado de promover condições favoráveis de acesso à justiça ao cidadão¹³⁴ o que se percebe, na prática, é ainda o caráter paliativo dessas propostas.

Longe está o art. 3º da Constituição Federal de ser concretizado. Cidadania, livre iniciativa, valores sociais do trabalho ainda são conceitos distantes da realidade social em muitas localidades do Brasil contemporâneo. O Estado Democrático de Direito brasileiro sofre, segundo Miguel Reale (2000, p. 37) uma crise. Em artigo intitulado *Estado de Direito Fajuto*, o filósofo dispara¹³⁵:

Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em *Estado Democrático de Direito*, que se caracteriza por levar em conta também valores concretos da igualdade.

Infelizmente, essa alteração fundamental não logrou possibilitar o alcance da sonhada democracia social, pois estamos bem longe do ideal almejado, avolumando-se os casos de ofensa reiterada aos mandamentos legais.

Esse criticismo realista é, sem dúvida alguma, uma manifestação de desencanto em relação ao juridicismo formal que se arraigou na cultura jurídica brasileira, conforme explanação já feita, mas que tende a se diminuir com o amadurecimento das instituições democráticas no país.

Efetivamente, o Brasil pode ser considerado como um Estado Democrático de Direito desde 1988, tempo recente em relação à sua própria história.

ampliando o âmbito das pretensões jurisdicionalizáveis e das pessoas com possibilidades de ingresso em juízo e aptas a receber a tutela (...).”

¹³⁴ Nos últimos anos são diversos os exemplos de estímulos de mecanismos de pacificação social, visando minimizar o afogamento dos órgãos jurisdicionais, como por exemplo, as campanhas conciliatórias, a criação e diversificação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a introdução dos sistemas de virtualização dos processos judiciais (PROJUDI), os projetos de justiça itinerante, que promove o deslocamento das estruturas físicas do judiciário à população que não tem acesso às sedes do Poder Judiciário, dentre outras.

¹³⁵ E após citar diversos exemplos de desrespeitos à Constituição pelo próprio sistema governamental, como as desenfreadas e imotivadas instaurações de comissões parlamentares de inquéritos, à leniência de entidades responsáveis em relação ao problema de invasões de terras em todo o país, os problemas relacionados às greves injustificadas, e às desmedidas promulgações de medidas provisórias, Reale (2000, p. 39) categoriza o Brasil como um “Estado Democrático de Direito do faz-de-conta, de mera aparência de legalidade”.

Não era de se esperar, por óbvio, que pelo simples ato de promulgação do Texto Constitucional os valores projetados para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, se realizassem instantaneamente. Nessa hipótese, não se tratariam valores.

Influenciado por Ferdinand Lassalle e Ronald Dworkin, e defendendo a concretização do Estado Democrático de Direito por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, CAMBI (2010, pp. 25 e 26) registra que:

[...] se a Constituição Brasileira de 1988 prevê como objetivo fundamental a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária* (art. 3º, I), tal desiderato deve ser buscado, intensamente, pelo Estado e pela própria sociedade. Tão importante quanto a realização plena destes objetivos são os constantes esforços para que essas metas sejam atingidas. Se a cada dia, a sociedade, pelo exercício da cidadania e pela atuação dos governantes, fica melhor, isto basta para que a *utopia de ontem seja a realidade de hoje e a transformação do amanhã*.
 (...) Com efeito, há uma *relação de inclusão recíproca* entre o *ideal* e o *real*. O *ideal*, que a teoria do discurso concebe como a *forma das condições de argumentação racional*, funde suas raízes na realidade e não teria nenhuma força sem o real. O *real*, por sua vez, não seria a forma de vida dos seres dotados de razão, se não incluísse o *ideal*.
 O direito, antes de ser regra e instituição é *discurso*, cujo significado está em suspensão, pois se articula entre as coisas: entre a regra (que nunca é, inteiramente, normativa) e o fato (que jamais é, completamente, fático), entre a ordem e a desordem, entre a letra e o espírito, entre a força e a justiça.

Se a estatização da solução de conflitos no Brasil sedimentou-se de tal forma que acabou determinando o monopólio da proclamação da justiça, é passada a hora de relativizar esse paternalismo judicial intervencionista em prol da própria efetividade dos valores consagrados no Texto Constitucional.

A incapacidade do Estado de prover a justiça com exclusivismo, no exercício do monopólio da atividade processual, nesse atual estágio de organização social, massificada e globalizada, é notória e tem enfeixado inúmeras, constantes e complexas modificações sistêmicas legislativas. Como anota MARTINS (1999, p. 45):

[...] os novos ventos que sopram renovam as esperanças e a inaptidão do Estado corrobora o propósito de reversão cultural, de modo a assegurar o exercício da liberdade pelo cidadão, que passa a ser também responsável pelo melhoramento social, angariando para si parcela do sucesso da comunidade, assim como da culpa pelos reflexos negativos que a inoperância acarreta.

Enfim, vive-se hoje sob a égide do primado do indivíduo, ou da coletividade, como querem alguns, ambiente este que, implicitamente, cooperou para a promulgação do novo ordenamento legal arbitral no Brasil. A Lei n. 9307/96, de 23 de setembro de 1996, introduziu institutos de vanguarda e suprimiu todos os obstáculos legais ao pleno desenvolvimento da arbitragem no Brasil, (...).

A arbitragem já é uma realidade normativa no Brasil. Mas a luta pela introdução da cultura da arbitragem, com efeito, é um enfrentamento necessário para a concretização dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, e de fortalecimento das próprias instituições judiciárias, absolutamente comprometidas pela sua própria insuficiência técnica e humana para “dizer o direito”, em um cenário de desenvolvimento globalizado.

O fomento da arbitragem no Brasil implicará na melhoria da qualidade da atividade jurisdicional estatal, não no enfraquecimento da jurisdição.

Em artigo intitulado *Arbitragem: um direito da cidadania*, Delgado (2001, pp. 12 e 13) denomina a Arbitragem como *direito processual de quarta geração*, com os seguintes dizeres:

A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição.

Tenho que a arbitragem é um direito processual de quarta geração. Ele se contrapõe aos sistemas até então adotados para solução de conflitos, onde a presença do Poder Judiciário era considerada indispensável.

O Direito Processual de primeira geração caracteriza-se pelo profundo apego ao formalismo, com regras inspiradas em aumentar o grau de segurança jurídica (...)

O Direito Processual de segunda geração é representado pelo sistema que tentou, embora não tenha conseguido, romper com a burocracia processual. O seu mérito consiste em ter abolido determinadas formalidades processuais inúteis e ter consagrado a figura do Juiz ativo, isto é, comprometido com o apanhado das provas e com a justiça da decisão.

O Direito Processual de terceira geração é o que enfatiza a necessidade de se prestigiar as ações coletivas, especialmente, na proteção dos direitos difusos, estes voltados à proteção do meio ambiente, paisagístico, do consumidor, etc.

Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se as associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva.

A relativização do monopólio da solução de conflitos e o concomitante estímulo da arbitragem não importam no desprestígio dos organismos estatais; pelo contrário, essas iniciativas tendem a elevá-lo ao seu verdadeiro propósito, qual seja a promoção de acesso à justiça. É, com outras palavras, o mesmo pensamento de Delgado (2011, p.15), que recentemente escreveu:

A minha convicção cada vez mais está fortalecida pela necessidade de se fazer aplicar, no Brasil, a arbitragem como meio de solução dos litígios, expandindo-se para o âmbito das controvérsias trabalhistas. Há necessidade, porém, que o Estado estimule a criação de órgãos arbitrais, facilitando o seu funcionamento e criando condições materiais para que cumpram a missão a que estão destinados.

Essa perspectiva é possível a partir de uma concepção mais abrangente de mecanismos de solução de conflitos e pacificação social em busca de um Estado Democrático de Direito verdadeiramente livre, justo e solidário, nos limites da ordem jurídica estabelecida. A arbitragem se insere nesse contexto como uma forma adequada de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito, como instrumento para o acesso à justiça.

Contudo, a limitação de sua utilização é imposta pela própria lei. Somente litígios envolvendo interesses patrimoniais disponíveis¹³⁶ podem ser dirimidos pela arbitragem, o que acaba restringindo o seu campo de abrangência e excluindo muitas discussões da seara arbitragem¹³⁷.

De fato, a arbitragem está atrelada à noção de liberdade; e só há liberdade se houver disponibilidade. Interesses indisponíveis não podem se sujeitar à arbitragem, por expressa determinação legal e também por uma questão lógica.

Essas imposições não se constituem barreiras ao acesso à justiça, mas garantias de resguardo de atuação jurisdicional estatal quando houver um

¹³⁶ Cretella Neto (2009, p. 56) faz a seguinte e didática explicação: “O vocábulo *patrimônio* deve ser entendido como o conjunto de bens materiais e pessoais de cada um. *Direitos patrimoniais*, portanto, são aqueles referentes a esse conjunto de bens, em relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas que os têm por objeto. Os direitos patrimoniais podem ser *disponíveis* ou *indisponíveis*. *Direitos patrimoniais disponíveis* são aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual; já os *direitos patrimoniais indisponíveis* são os que têm impacto sobre interesses gerais. (...) Acerca dos direitos patrimoniais disponíveis, podem seus titulares envolvê-los em ampla gama de negócios jurídicos, observando apenas certas formas legais – quando a legislação específica assim exigir -, sempre obedecendo aos princípios referentes à ordem pública e aos bons costumes.”

¹³⁷ Nesse sentido, Pentead Jr. (2009, 81) registra: “A Lei 9.307/96 indica a teor de seu art. 1º, duas condicionantes para que as partes, envolvidas em relação jurídica, possam pactuar a submissão de eventuais conflitos à arbitragem, a saber, que sejam capazes de contratar e que o litígio seja pertinente a direitos patrimoniais disponíveis.(...) Nesse sentido, sempre que cessada a indisponibilidade do direito, isto é, admitida a transação de seu valor econômico, passa-se ao cabimento pleno da arbitragem.”

desequilíbrio tal entre as partes integrantes da relação jurídica que exija a participação ativa do Estado no sentido de promover a isonomia formal entre as partes, como garantia de preservação do princípio constitucional da igualdade e a incolumidade do interesse público.

Não apenas a Lei da Arbitragem trata dessa modalidade de solução de conflitos. O próprio Código Civil prevê o compromisso arbitral, destacando os limites possíveis de sua instituição. Segundo os ensinamentos de MAMEDE (2010, p. 427):

Outra forma de resolução alternativa de conflitos é o compromisso, ou seja, a arbitragem. Nesse sentido, o Código Civil admite *compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar* (art. 851), vedado, contudo, *para solução de questões de estado, de direito pessoal de família*. (...) A grande vantagem da arbitragem está, justamente, nas deficiências da jurisdição pública: os árbitros não estão submetidos a centenas ou milhares de feitos, mas a um ou poucos, podendo votar-lhes maior dedicação e, assim, imprimir celeridade e atenção aos detalhes. Como se não bastasse, por meio da arbitragem podem ser escolhidos especialistas na matéria de controvérsia, aumentando o grau de apreciação jurisdicional. A mesma posição é exposta por James Marson, da Sheffield Hallam University, para quem as disputas podem envolver dificuldades técnicas, requerendo conhecimento especializado, de raro domínio, sendo que os tribunais nem sempre têm esse conhecimento, sendo que a arbitragem pode ser feita por um *expert* com conhecimentos destacados naquela área, compreendendo e resolvendo o problema com maior adequação e rapidez.

Nesse contexto, cabe o questionamento: haveria espaço para esse relevante modelo de soluções no âmbito das relações de consumo? ¹³⁸ Ora, se as partes integrantes de uma relação de consumo não estão em igualdade de condições, técnicas, informativas, econômicas e jurídicas, como poderiam optar pela solução arbitral de eventual contenda?

As respostas a esses questionamentos não podem ser dadas de forma generalizada. A relação jurídica de consumo é uma modalidade específica de relação jurídica que tem origem no desenvolvimento econômico da própria sociedade, principalmente durante o século XX. E como tal, portanto, decorre de um movimento de intervenção do próprio Estado no sentido de proteger o consumidor, considerado o pólo mais fraco da relação. Inclusive, poder-se-ia dizer que em face do processo de globalização, a relação jurídica de consumo passou a ser o paradigma da massificação das relações negociais no mundo.

¹³⁸ A pergunta feita por Andrichi (2006, p. 15) é, exatamente, a seguinte: "(...) se o procedimento arbitral tem se mostrado um meio célere e eficaz de solucionar controvérsias, é preciso questionar porque, usualmente, os litígios de consumo não têm se submetido à arbitragem. Será que a arbitragem não é um meio hábil para resolver conflitos de consumo?"

Contudo, não se pode deixar de considerar que a relação de consumo é também uma espécie de relação comercial e, desta forma, a princípio, poderia demandar os seus conflitos no âmbito da arbitragem.

Aqui, portanto, abre-se um novo horizonte. Tanto a jurisdição quanto a arbitragem, sob a perspectiva da decidibilidade, foram construídos, do ponto de vista histórico e político, como os principais instrumentos de solução de conflitos na sociedade contemporânea. A jurisdição, como um mecanismo de índole eminentemente pública, constituída sob um arcabouço constitucional positivista. A arbitragem, de índole notadamente privada, resgatada para se consolidar como uma alternativa ante a crise de justiça em tempos atuais.

Com efeito, a harmonização ou conjugação desses mecanismos de solução conflitos no âmbito das relações de consumo será um passo importante para a concretização do ideal de promoção de acesso à justiça.

3. RELAÇÕES DE CONSUMO: MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ACESSO À JUSTIÇA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desenvolvimento do sistema político e econômico capitalista, em escala mais agressiva a partir do século XX, consolidou a massificação da produção de bens de consumo, a concentração urbana populacional com a formação de megalópoles, a virtualização das relações humanas pelo acesso à internet, a exploração desmedida dos recursos naturais, o agigantamento das desigualdades sociais, dentre outras significativas modificações na sociedade¹³⁹.

O Direito, como um produto cultural, acompanha o desenvolvimento da sociedade. E foi o surgimento do fenômeno da sociedade de massas que fez com que os ordenamentos jurídicos, até então fundamentados em uma concepção individualista e liberal, cedessem diante da pressão das transformações sociais que promoveram o desenvolvimento de novas formas de tutelas. Essa realidade social exigiu do direito civil e do processo civil uma nova postura, para propiciar tutela a interesses que, por serem derivados de relações jurídicas concebidas no ambiente da sociedade de massas, contavam com pouca ou nenhuma proteção. Tornou-se imprescindível, então, que fossem repensados os pilares de teorias clássicas¹⁴⁰.

A uniformização do comportamento social desencadeada pela globalização promoveu, no plano teórico-jurídico, a universalização de conceitos, teorias, correntes, no plano prático-jurídico, a uniformização de sistemas e normas jurídicas referentes à solução de conflitos.

Especificamente, no que diz respeito ao processo, os interesses, as pretensões, as lides, os procedimentos, ou seja, as formas de promover a pacificação social, também sofreram os reflexos da globalização com o aumento das

¹³⁹ Comentando os sistemas político, econômico, social, cultural e jurídico da atualidade, no Brasil, Campilongo (2011, p. 52) registra: "O sistema social passa por um processo de desintegração muito acentuado. A migração do campo para as cidades e a transformação de uma sociedade agrícola em industrial já são suficientes para romper vínculos, esgarçar identidades e enfraquecer os mecanismos informais de controle social."

¹⁴⁰ As definições de jurisdição, por exemplo, foram construídas tendo como pressuposto, a existência de um conflito de interesses; como forma de manifestação, a intervenção do Estado com a aplicação da lei para solucionar o conflito; e como finalidade, o restabelecimento da ordem jurídica. Nesse sentido, a jurisdição é categorizada pelos processualistas, como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça, pelo seu principal instrumento, o processo.

demandas de conflitos, resultado principalmente do desenvolvimento tecnológico. Nesse cenário, de crise do Poder Judiciário frente aos novos desafios de solução de conflitos, buscam-se alternativas para a solução do acesso à justiça. De acordo com CAMPILONGO (2011, pp. 62 e 63):

Paralelamente ao individualismo liberal e ao coletivismo do direito social (...) luta-se também pelo respeito aos direitos difusos e por formas alternativas e mais amplas de “acesso à justiça”. A situação é paradoxal: a baixa institucionalização da “democracia delegativa” não permite que o Judiciário aplique os direitos de corte liberal e social em sua plenitude. (...) Apesar disso – ou, talvez, em decorrência disso –, desenvolve-se a discussão sobre as formas alternativas de resolução de disputas jurídicas, com ênfase nas técnicas de negociação, barganha e arbitramento, que exigem conhecimento tanto técnico-jurídicos quanto político-jurídicos e são processadas, freqüentemente, à margem do leito institucional do Judiciário.

A arbitragem tornou-se, no Brasil, com efeito, mais uma proposta para a acomodação dessa realidade social instável e mutante, principalmente a partir da segunda metade da década de noventa, pela formação do microsistema introduzido pela Lei 9.307/96¹⁴¹.

Seria possível a conjugação do modelo estatal jurisdicional com a proposta arbitral de solução de conflitos no âmbito das relações de consumo, a fim de se concretizar esse ideal de acesso à justiça, no direito brasileiro?

Antes de responder a tal indagação, importa discorrer sobre a identificação da relação jurídica de consumo, as suas principais características, bem como sobre as suas origens, na história e na política, que promoveram a necessidade de uma regulamentação especial.

3.2 JUSTIFICATIVA HISTÓRICA E POLÍTICA PARA UMA TUTELA ESPECÍFICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Desde os modelos mais gregários de organização social percebe-se que o homem sempre procurou satisfazer suas necessidades vitais, transformando o seu modo de ser e de pensar. A incessante busca de bens e serviços que viessem a suprir os interesses humanos fez, por exemplo, as comunidades patriarcais

¹⁴¹ A perspectiva monopolista e sacralizante da jurisdição estatal, vinculada à manifestação da soberania no limitado espaço territorial, com a injustificada segregação da arbitragem, em nome da preservação de unidades legislativas de caráter meramente formal, não se justifica mais. A concretização desse modelo de solução de conflitos para nas relações de consumo é medida que, certamente, contribuirá para mitigar o grave sufocamento imposto pela própria sociedade ao aparelhamento judiciário estatal. Significará a promoção do acesso à justiça.

nômades cruzarem milhares e milhares de quilômetros de terras inóspitas, durante milênios, para a satisfação de suas necessidades.

Nesse estágio econômico, a sociedade se organizava em um modelo de produção de subsistência, para atender apenas as suas necessidades vitais. O excedente, no máximo, era trocado por bens e serviços de outras comunidades, em um modelo comercial denominado escambo¹⁴². O estudo da alocação de bens para satisfação dos interesses humanos é objeto das ciências econômicas¹⁴³. Nesse sentido, é o escólio de César Roberto Leite da Silva (1995, p. 25):

[...] de um lado, observa-se que as necessidades das pessoas são ilimitadas e, de outro, que os fatores disponíveis para a produção de bens e de serviços que satisfaçam essas necessidades são limitados. Esse é o problema fundamental da economia, que os economistas chamam de lei da escassez.

A diversificação de produtos aumentou consideravelmente a partir do desenvolvimento do comércio marítimo pelos fenícios, mas até o século VIII a.C., quando os gregos introduziram a moeda nas relações de troca, o comércio se perfazia pelo escambo. Contudo, bastou perceber que o excedente de produção poderia ser substituído pelo equivalente em moeda, que a economia monetária se instituiu como um elemento determinante para as mais significativas transformações da idade antiga¹⁴⁴. Nesse sentido, Sandroni (1999, p.p. 405 e 406) ensina:

Os primeiros registros do uso de moeda datam do século VII a.C., quando já eram cunhadas na Lídia, reino da Ásia Menor, e também no Peloponeso, no Sul da Grécia. Na verdade, sua história coincide com a descoberta do uso dos metais e o domínio de técnicas de mineração e fundição. Assim, as moedas de cobre, metal mole e pouco adequado ao manuseio, cederam lugar às duráveis moedas de bronze, feitas a partir de uma liga de cobre com estanho. (...) Ao substituir o escambo, isto é, a troca em espécie, a

¹⁴² Escambo é a troca de bens e serviços sem a intermediação de dinheiro. É o estágio mais primitivo das relações de troca e caracteriza as sociedades de economia natural. (...) O escambo pode ocorrer também entre dois países quando suas trocas se realizam à base de mercadoria por mercadoria. (Sandroni, p. 211).

¹⁴³ Conforme ensina Becker (*apud* Florenzano 2004, p. 21): "(...) são comumente encontradas pelo menos três definições conflitantes de Economia: uma considera a economia como o estudo da alocação de bens materiais para satisfazer desejos materiais; outra a concebe como o estudo do mercado; e a terceira vertente define Economia como o estudo da alocação de meios escassos para satisfazer fins concorrentes."

¹⁴⁴ Desenvolvendo uma comparação entre os sistema de escambo e o sistema monetário Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott (1985, p. 38) ensinam que "há dois tipos de troca: o escambo e a troca com dinheiro. No sistema de escambo, um bem ou serviço é trocado diretamente por outro. (...) Um sistema de escambo depende de uma coincidência de desejos. (...) Adicionalmente, em um sistema de escambo há um grande problema de indivisibilidade. (...) A ineficiência do sistema é óbvia. (...) Com o uso do dinheiro, um sistema de trocas pode ser bem mais eficiente. Não é necessário uma coincidência de desejos. Assim, o dinheiro possibilita transações complexas entre vários participantes."

moeda adquiriu o valor que lhe era arbitrariamente atribuído pelos mercadores em determinadas permutas de mercadorias. Estabeleceu-se dessa maneira uma avaliação, que posteriormente passou a ser fixada pelo governante ou pelo Estado.

A consolidação da economia monetária nas pequenas organizações urbanas que se formaram na Mesopotâmia e no Egito promoveu também o desenvolvimento político, social e jurídico daquelas regiões e formou uma intrigante rede comunicacional entre diversas comunidades e civilizações antigas. Como ensina ARAÚJO PINTO (2007, p. 24):

No plano da economia, há dois aspectos comuns que são essenciais, até mesmo como elementos distintivos entre a evolução dos povos que habitavam a Mesopotâmia e o Egito e daqueles que estavam além de suas fronteiras: a utilização do solo para plantio e o crescente emprego da navegação como meio de transporte de mercadorias. No entanto, é fundamental ressaltar que o Egito era rico em vários produtos de origem mineral – ouro, cobre, sílex, ametista e granito para construção –, mas pobre em madeira, que era importada da região da Fenícia, por meio do porto de Biblos. Além disso, as condições de irrigação e drenagem do solo eram bastante favoráveis na extensão do Rio Nilo, ao passo que na Mesopotâmia havia carência, em regra, de minerais e o solo, ainda que bastante fértil, apresentava problemas quanto à dificuldade de drenagem e de contenção do avanço da vegetação desértica.

As caravanas formadas de grupos de mercadores que transitavam em rotas criadas nos desertos entre as cidades e aldeias realizavam a transação de produtos artesanais, tais como tecidos, corantes e objetos de metal e de cerâmica, além de escravos¹⁴⁵.

Entretanto, foi somente no fim da medievalidade, mais precisamente entre os séculos XII a XIV, período conhecido como baixa idade média, que se constituíram os primeiros sistemas normativos regentes da atividade comercial, no âmbito das corporações de ofícios¹⁴⁶.

Os órgãos representativos dos comerciantes, em geral artesãos e tecelões, foram constituídos em pequenas vilas chamadas burgos, estabelecendo regras de atuação comercial para seus membros e também fixando as normas

¹⁴⁵ A introdução da moeda ampliou consideravelmente a circulação de bens, durante toda a antigüidade, especialmente durante a supremacia hegemônica do império romano. No plano interno, ou seja, nos núcleos urbanos, o comércio se realizava basicamente nas feiras, com a mercancia de produtos de subsistência. Já no plano internacional, desde a antigüidade até o início da idade moderna, os artigos de luxo e ornamentação constituíam a maior parte dos bens comerciáveis.

¹⁴⁶ De acordo com Sandroni (1999, p. 134): “Conhecidas também como *confrarias*, *grêmios*, *fraternidades* ou *guildas*, as corporações situavam-se nas cidades e comunas medievais. Desenvolveram-se entre os séculos XII e XIV, acompanhando o processo do renascimento comercial. Foi na Itália onde mais proliferaram; na França, perduraram até 1791, quando foram abolidas por lei. Eram organizações fechadas, cujos membros monopolizavam o exercício de determinada profissão ou atividade comercial.”

específicas e particulares de soluções de conflitos entre os mercadores, como já referido no capítulo anterior.

Até esse momento histórico, a relação entre o fornecedor e o adquirente dos produtos e serviços era de natureza pessoalizada, isto é, levava-se em conta o interesse específico do adquirente, com a confecção manufatureira de bens e prestação de serviços individualizados, a dizer, em escala unitária. Como analisa MARANHÃO (2009, p. 14):

Nesta senda, a produção de subsistência mantinha-se atrelada a um feudalismo que estagnava o desenvolvimento das relações que eram efetivadas à base do escambo, acarretando uma relação direta entre as partes envolvidas.

Esta característica (relação direta entre as partes) imbricada no âmago das sociedades primitivas, com o tempo foi sendo modificada, tendo em vista o processo globalizador que passou a direcionar essas relações à uma perspectiva integradora dos Estados, povos e culturas. Desta forma, pode-se afirmar que as relações existentes, seja qual for o setor da sociedade escolhido (econômico, financeiro, jurídico, político, etc.), cada vez menos encontram fronteiras no momento de serem exercitadas.

Foi com a renascença comercial que as cidades mediterrâneas se desenvolveram. A dinâmica marítima comercial da Europa, em suas relações mercantis com o Oriente Médio e Índia, fixaram regras comerciais próprias, tanto pelo costume quanto pelo direito escrito. Surgiram institutos específicos para as relações mercantis como, por exemplo, os títulos de crédito, as garantias fidejussórias, as sociedades comerciais e a falência. Foi o primeiro passo para o advento e a consolidação de um direito genuinamente comercial, autônomo, diferenciado do direito civil que, desde o período clássico do direito romano, regulamentava as obrigações e os contratos.

Percebeu-se, em verdade, que as especificidades dessas relações jurídicas exigiam mais do que as regras de obrigações e contratos até então concebidas, desde a antigüidade.

Originariamente lastreado em costumes e tradições mercantis, o direito comercial¹⁴⁷ passou a regular a atividade econômica de compra e venda de bens de produção em caráter profissional, inclusive organizando tribunais

¹⁴⁷ Como atesta Forgioni (2009, pp. 26 e 27) “em sua origem, o direito comercial emergiu da necessidade de regramento jurídico mais célere, que atendesse às necessidades dos mercadores, em contraposição ao direito romano que era então redescoberto. A ordem que se vai formando, baseada nos costumes e nas regras das corporações de ofício, tem por objetivo disciplinar a atividade dos que são nelas inscritos. O desenvolvimento desse direito dá origem à dicotomia entre o direito *comum* e aquele *especial*, criado para (e pela) classe dos mercadores, com seus tribunais consulares.”

específicos para a solução de controvérsias de natureza mercantil. Houve, portanto, a partir da renascença, uma diferenciação entre um conjunto normativo específico de natureza comercial e as regras que regulamentam as relações não profissionais entre os particulares, no âmbito do direito civil.

A modernidade trouxe a formação dos Estados nacionais e, na seqüência, a revolução industrial modificou completamente as relações de fornecimento de produtos e de serviços no mercado de consumo. Como ensina MELHADO (2003, p. 139):

A Revolução Industrial traduziu em síntese dialética todo um entrelaçado de transformações estruturais na sociedade e no Estado, cujos marcos mais emblemáticos plasmaram-se nos sucessos da França de 1789, que culminaram na decapitação de Luís XVI e sua famosa esposa e na instalação da Primeira República. Em síntese, esse processo significou o predomínio da concepção de igualdade jurídica entre os cidadãos, liberdade política e rompimento das amarras da herança feudal com vistas à instituição de uma economia adequada ao regime de produção capitalista. (...) A Revolução Francesa representou, enfim, a primazia do liberalismo como doutrina política, econômica, filosófica e jurídica que invade todos os ângulos da atividade intelectual.

Com a produção escalonada de bens e serviços, ocorreu a superação das estruturas tradicionais de base rural medieval, constituindo-se novas formas de produção, mecanismos racionais de dominação e novos padrões de comportamentos. A sociedade industrial implicou ordem e racionalidade. Sua instauração pressupôs transformações econômicas e tecnológicas, mas também a criação de uma nova disciplina.

As fábricas, as escolas, os exércitos, foram instituições que, cada qual à sua maneira, participaram do processo de formação social para a organização do trabalho e da produção. O direito se manifestou nesses microssistemas sociais através dos seus próprios regulamentos, e a fábrica é o símbolo dessa nova formatação social.

Para DECCA (1984, pp. 8-35):

A fábrica, ao mesmo tempo em que confirmava a potencialidade criadora do trabalho, anunciava a dimensão ilimitada da produtividade humana através da maquinaria. (...) A presença da máquina definiu de uma vez por todas a fábrica como o lugar da superação das barreiras da própria condição humana. (...) O surgimento do *sistema de fábrica* parece ter sido ditado por uma necessidade muito mais organizativa do que técnica, e essa nova organização teve como resultado, para o trabalhador, toda uma nova ordem de disciplina durante todo o transcorrer do processo de trabalho. (...) Enfim,

o sistema de fábrica introduz determinantes que lhe são inerentes, não importando que esse sistema se desenvolva num ambiente capitalista ou em outro qualquer, pois ele traz em seu bojo todas as implicações relacionadas à hierarquia, disciplina e controle do processo de trabalho, ao mesmo tempo em que se dá uma separação crucial: a produção de saberes técnicos totalmente alheia àquele que participa do processo de trabalho.

Produtos, antes fabricados com características artesanais, personalizadas, para atender interesses de certos e determinados fregueses, agora são confeccionados em série para atingir grupos de indivíduos, em número considerável.

A introdução dos bens e serviços no mercado internacional através de um novo sistema de organização de produção fabril, distribuídos por rotas marítimas continentais, alimentou o sistema capitalista liberal que formatou o pensamento econômico, político e jurídico a partir do século XVII.

A relação de aquisição de bens e serviços ainda se operava, nesse período, sob a égide das regras jurídicas obrigacionais e contratuais de direito civil e de direito comercial¹⁴⁸.

Dentre os séculos XVIII a XX assistiu-se à formação das sociedades racionais e positivamente organizadas, fundamentadas nas ideologias liberais e igualitárias que içaram os estandartes e deflagraram as bandeiras do liberalismo econômico, político e jurídico. Nas palavras de Feijó (2007, p. 125):

O liberalismo constitui uma doutrina econômica que eclodiu no século XVIII, embora autores liberais tenham aparecido antes mesmo desta época. (...) Qual a doutrina social do liberalismo? Há variações na proposta liberal, contudo, tradicionalmente o liberalismo vincula-se à doutrina do Estado mínimo. No enfoque mais radical, ele defenderia o Estado limitado a ser o guardião e o juiz da sociedade, isto ele exerce a função de polícia, defesa militar e Judiciário. Tudo o mais seria atribuição do setor privado da economia: educação, saúde, relações trabalhistas, preços, mercados e até a moeda.

Considerando cada sujeito, cada indivíduo, como senhor de si, e em condição de igualdade em relação ao seu semelhante, sob o ponto de vista humano, esse mesmo movimento econômico e político propulsionou a autonomia da vontade

¹⁴⁸ A propósito, é na modernidade que o dualismo jurídico “público-privado” se consolida criando a clássica distinção entre normas dispositivas, de natureza privatista, e normas de ordem pública ou cogentes, de natureza publicista. As primeiras, atinentes às relações jurídicas de índole intersubjetivas, foram sistematizadas em códigos que se diferenciaram pela natureza ou propósito da constituição da relação jurídica: pessoal ou profissional. Essa dualidade foi positivada sistematicamente na codificação napoleônica, com o Código Civil (1804) e Comercial (1808), passando a servir de referencial para o regramento das relações intersubjetivas de natureza privada de antanho.

e a liberdade da estipulação como princípios fundamentais da formação das relações obrigacionais, tanto na seara comercial quanto nas relações de índole pessoal.

Os teóricos liberais, invocando a glória de terem alforriado o homem do poder absolutista de soberanos decapitados, e de terem instituído declarações de direitos fundamentais que materializavam princípios da existência humana em Constituições, arquitetaram um engenhoso sistema de exploração de mão-de-obra que alimentou a proposta burguesa de domínio econômico dos meios de produção e sedimentou uma rígida classificação social, sob a retórica da garantia à liberdade¹⁴⁹.

Mas no que consiste o liberalismo como doutrina econômica? FEIJÓ explica (2007, p. 128):

A metáfora da “mão invisível”, proposta originalmente por Adam Smith, parece sintetizar o credo econômico dos liberais. A idéia de que o melhor resultado, em termos de eficiência e de volume de riquezas produzidas, é alcançado por meio de alocação espontânea dos recursos feita pelos mercados, mais precisamente, por indivíduos movidos em seu próprio interesse. A ação auto-interessada dos agentes econômicos faz com que os recursos da sociedade sejam canalizados para os setores nos quais eles são mais eficientemente empregados. Os setores mais lucrativos atraem os esforços da coletividade. Eles são mais lucrativos justamente porque se tem aqui vantagens produtivas ou maior eficiência. (...) A decisão sobre o que produzir e em que quantidade, e a que preço vender, deve ser mediada pelo mercado. O mercado não decide nada por si só, quem o faz são as pessoas.

Foi nessa a ambiência econômica que se aperfeiçoaram as condições ideais para o desenvolvimento da democracia, especialmente nos Estados que se adaptaram aos paradigmas da organização jurídica constitucional. Aliás, para BOBBIO (1994, p. 42 e 43):

Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo seu lado igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos

¹⁴⁹ Para Feijó, o conceito de liberdade é relativo (2007, p. 127): “Os nazistas diziam que a libertação somente viria com o fim do domínio judeu que tinha subjugado o povo ariano. Os marxistas também se consideravam a favor da liberdade. Para eles, a liberdade não existe no capitalismo. Neste sistema, as pessoas não podem ser nem mesmo elas mesmas, vivem alienadas pelo capital. Dirigem seus negócios, trabalham e desempenham outros papéis apenas a serviço da lógica impetuosa da acumulação de capital que pode migrar livremente de um setor a outro, ou entre países. (...) Os liberais defendem a liberdade no sentido trivial de que as pessoas podem fazer quase tudo. A ação livre é fruto de escolha autêntica e as pessoas estão livres para deliberarem o que elas quiserem, apenas dentro dos limites da ordem legal.”

direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, (...). Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos.

Contudo, essa perspectiva idealista de Estado liberal¹⁵⁰, marcadamente influenciada pelo formalismo positivista¹⁵¹, deixou de considerar o indivíduo segundo as naturais dessemelhanças derivadas de sua condição social. O igualitarismo lógico e formal que regeu a formação das declarações de direitos e a primeira geração de direitos e garantias fundamentais, em atendimento aos propósitos do capitalismo liberal, sofreu os reveses de uma acentuada opressão econômica¹⁵².

As fábricas produziram instituições capazes de garantir a manutenção do sistema, estendendo seus tentáculos de sustentação econômica até organismos

¹⁵⁰ Nelson Saldanha ensina que (1987, p. 67): "(...) no Estado dito 'liberal', o termo 'liberal' proveio da conexão da ordem política com um certo tipo de sociedade, ou, antes, com uma característica da sociedade ocidental. Com tal sociedade era – ou se dizia – liberal, em função dos valores nela dominantes, a liberdade sobretudo, e como o governo se entendia como algo provindo da sociedade, e portanto de seus valores, ou seja, provindo das próprias liberdades, então se considerou liberal o próprio Estado, que como instituição exercia o governo, e que tinha por finalidade impostergável garantir as liberdades de cuja anuência proviera."

¹⁵¹ O processo de codificação do século XIX, e a sua relação com a noção de liberdade contratual, foram assim analisados por Paulo Luiz Netto Lôbo (2011): "Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento público. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. (...) Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social. (...) Em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade. (...) Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não apenas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens."

¹⁵² Comentando esse cenário modernista Melhado (2009, p. 123) destaca que "as relações de base contratual passam a ser hegemônicas sob a economia de mercado. Inspirado na doutrina de juristas 'modernos' como *Domat* e *Pothier*, o Código de Napoleão (1804) consagra em seu art. 1.134, o princípio segundo o qual "as convenções legalmente formadas valem como lei entre as partes". Conforma-se um período afinal conhecido como voluntarista: afirma-se a preeminência da vontade no âmbito ético (a idéia de que todos os fenômenos podem ser submetidos à razão humana, em oposição à razão divina). (...) O trabalho livre, assalariado, passa então da forma incipiente de outrora à ubiquidade da era moderna; da condição de fenômeno menor à de *primus inter pares*. (...) Com a Revolução Industrial exsurgirá uma forma de organização da produção, cujo ponto de convergência será o trabalhador livre e assalariado, e um regime disciplinar – vale dizer, uma forma peculiar de poder e sujeição – ontologicamente identificável ao novo metabolismo econômico e social.

governamentais e científicos. Pouco a pouco esse sistema foi transformando a produção dos saberes técnicos numa esfera especializada de controle social.

Miguel Reale apresenta os elementos concretos de uma mudança de referencial dentro do mesmo sistema liberal. Da liberdade, da autonomia, do direito de propriedade, ao lucro. Sob a ótica liberal do progresso capitalista há uma mudança paradigmática social, política e econômica do ser humano, que é assim descrita por REALE (1963, p. 185):

O homem passa, em suma, a valer por si só, como centro autônomo de interesses econômicos, independentemente do seu enquadramento social, liberto, por conseguinte, de qualquer filiação de natureza corporativa ou, como se diz, hoje em dia, de qualquer filiação sindical ou burocrática. (...) Ora, essa libertação do homem no sentido da afirmação de sua individualidade como ente criador de riquezas encontro, ao mesmo tempo, uma situação objetiva propícia ao desdobrar-se da personalidade. Refiro-me ao aparecimento da máquina, pressuposto material de vertiginoso desenvolvimento industrial. (...) Na realidade o capitalismo industrial é impelido pela preocupação da busca permanente e autônoma do lucro e, por conseguinte, tem como fulcro a idéia central de produzir livremente a fim de obter um resultado positivo suscetível de novas inversões, num crescendo de perfectibilidade técnica. Fiel a essa diretriz, o homem de empresa subordina tudo à finalidade lucrativa do empreendimento, no pressuposto ético de que não haveria melhor modo de contribuir para a prosperidade comum.

No plano das relações jurídicas intersubjetivas, e mais especificamente no âmbito das obrigações e dos contratos, a doutrina do liberalismo econômico, baseada na livre movimentação de riquezas na sociedade, fez inferir que o contrato é o instrumento colocado à disposição do direito para que esta movimentação aconteça, sob a égide da liberdade contratual.

Segundo Cláudia Lima Marques (1992, p. 23) “(...) acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual”. E acrescenta MARQUES (1992, p. 23):

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é a vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de

tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*.

O direito e, portanto, o Estado deveria respeitar a força criadora da livre vontade manifestada. A igualdade e liberdade propugnadas nos textos constitucionais e transmitidas aos códigos civis e comerciais na seara política da democracia (mas na violenta e perversa arena econômica do capitalismo liberal) contribuiu consideravelmente para a desigualdade social, e promoveu, juntamente com outros elementos sociais e econômicos, a formação das classes sociais¹⁵³ que se constituíram com o desenvolvimento do próprio sistema econômico capitalista.

Essa antítese é registrada por Paulo Bonavides (2004, p. 188), com as seguintes palavras:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política, como liberdade restritiva era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens.

Os movimentos sociais¹⁵⁴, principalmente, a partir do século XIX, começaram a exigir a maior participação do Estado nas relações de índole privada. Até então pouco intervencionista e apenas preocupado em constituir as estruturas políticas fundantes da organização social, o ente estatal modelado pela política e economia liberais não se incumbiu de realizar no plano fenomênico a igualdade material prevista nos textos constitucionais e códigos, assolando o indivíduo no contexto do processo instituído pelo capitalismo.

A nova antítese política e econômica, derivada do enfrentamento doutrinário entre liberalismo e socialismo, produziu o Estado Social¹⁵⁵, com uma

¹⁵³ De acordo com Feijó (2007, p. 116) o conceito de classe reveste-se de grande importância conceitual em diversas áreas do conhecimento científico, em especial para a história e a sociologia. A classe é um agrupamento social de pessoas com mesma posição na sociedade. (...) A polarização da sociedade nesses dois agrupamentos certamente tem importante uso analítico para diversos esquemas explicativos. Na análise histórica, ajuda a desvendar o significado do processo histórico, por exemplo, os conflitos trabalhistas da Inglaterra do século XIX, que chamaram a atenção de Marx. Na sociologia, a identificação de classes permite reconhecer valores e padrões de comportamento inerentes a determinados estratos sociais.

¹⁵⁴ A partir de meados do século XIX e início do século XX cresceram as contestações coletivas da disciplina do sistema de produção capitalista. Edgard Decca (1984, p. 73) destaca que em 1.907 a imposição dos regulamentos das fábricas e as multas pelas transgressões das regras laborais internas estão no centro de 78 greves, mobilizando mais de 20.000 grevistas e 277 em toda a Europa.

¹⁵⁵ Para Nelson Saldanha (1987, pp. 67 e 68): "(...) o termo 'social' corresponde ao conteúdo e ao alcance da ação estatal, mais extensa do que a do Estado liberal. Uma ação expressa através de programas e de planejamentos que implicavam – vimo-la – uma inconfundível ampliação do governo e do Poder Executivo, tanto nos regimes reconhecidamente ditatoriais quanto em certas democracias onde o capitalismo persiste, mas

significativa redução do espaço da autonomia da vontade e da liberdade de estipulação. A esse respeito, registra Bonavides (2004, p. 176) que:

Naquele travejamento histórico, naquela quadra de turbulência e desencontros ideológicos que assinalava o século (XIX), a tomada de qualquer direção conciliatória se sujeitava ao descarnamento crítico dos marxistas impiedosos. A História ainda não forjava argumentos nem possuía fatos para contrabalançar as objeções decisivas da crítica socialista. (...) A legislação social não dera nenhum passo à frente e nada autorizava a eleição de outros rumos e perspectivas. O seu aparecimento subsequente não se deve, aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão, em verdade, aos imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso.

Junto às primeiras luzes do século XX, movimentos de reformas econômicas e políticas (alguns revolucionários) se proliferaram principalmente na Europa, com uma proposta de ação intervencionista ou dirigista do legislador, instituindo a possibilidade do Estado atuar incisivamente para recompor o desequilíbrio que marcou definitivamente o enfrentamento das classes do século antecedente.

A revolução industrial e o capitalismo liberal fomentaram a formação das classes; os problemas sociais cresceram e deram origem à primeira intervenção poderosa do Estado nas relações privadas: o Direito do Trabalho (Marques, 1992, p. 47).

No Estado social (*welfare state*) os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracterizou-se exatamente por intervir em setores da vida privada, antes interditados à ações exclusivamente públicas de constituições liberais (Lôbo, 1999).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 10 e 11) ensinam que:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivos que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos sociais* dos governos, comunidades, associações e

remodelado pelo intervencionismo governamental. (...) No Estado social, o poder estatal se amplia – embora conservando-se sua vinculação a uma forma constitucional – e se restringem as vontades particulares.”

indivíduos. Esses novos direitos humanos, (...), são antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva do Estado* é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Surgiram, portanto, a partir desse paradigma definido pelo Estado Social, “novos direitos”, com autonomia científica e formulações principiológicas destacadas, a exemplo, do direito previdenciário, do direito agrário, do direito das águas, do direito imobiliário, dentre outros. As relações jurídicas que eram inerentes ao direito civil, de índole eminentemente privada desde as concepções clássicas romanas, passaram a sofrer reformulações¹⁵⁶ e, extraídas de legislações privatistas, passaram a compor microssistemas jurídicos.

Conforme AZEVEDO (2009, p. 35)

A origem do direito do consumidor está associada, assim, à necessidade de se corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade de produção e consumo massificados. Com efeito, o sistema de produção em série está baseado no planejamento dessa produção pelos fornecedores, o que torna estes sujeitos mais fortes do que os consumidores, pois, além do poder econômico, detém ainda os dados (as informações) a respeito dos bens que produzem e comercializam.

Em verdade, nesse momento histórico percebeu-se a existência de uma relação jurídica de consumo, distinta da relação jurídica de índole eminentemente civil, e ainda diferente da relação jurídica mercantil. Uma relação em que há um perene desequilíbrio econômico-jurídico e técnico-informativo entre os agentes participantes do vínculo associativo (fornecedor e consumidor). Percebeu-se, ainda, que esse disparate acentuou-se enormemente com a consolidação da massificação do processo produtivo e a consolidação da sociedade de massas¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sob essa perspectiva, institutos como propriedade, obrigações, contratos, família, abandonaram o vínculo puramente associativo, de marcante soberania da vontade individual, e passaram a ser concebidos segundo as limitações de suas correspondentes funções sociais. As relações intersubjetivas desses segmentos jurídicos passaram a contar, portanto, com a supervisão e com a chancela estatal, a expurgar os excessos derivados da liberdade das estipulações e autonomia das vontades.

¹⁵⁷ A visão de Luiz Fernando Coelho é mais cética e pessimista acerca da perda da identidade individual, que denomina *desreferencialização*. Segundo Coelho (2001, p. 46): “(...) a segunda característica da transmodernidade é a perda dos referenciais; com efeito, vivemos hoje uma *desreferencialização*; em face das transformações vivenciadas nestes tempos transmodernos, a humanidade encontra-se desreferencializada em sua dimensão individual, social, política e ideológica; é o mesmo que dizer que o referencial da transmodernidade é um desreferencial que desloca o homem individualmente considerado do lugar que ele próprio sente como seu natural, seja como resultado da própria natureza, seja em função de um processo cultural que o situou num espaço individual, social e ideológico. Em seu espaço individual, o homem perde seu referencial porque sente-se

Essa já era a visão de Miguel Reale (1998, pp. 196 e 197), em 1963, quando escreveu que:

Em lugar do homem o sistema, o que vale dizer: a grande maioria agindo sem qualquer poder de iniciativa, submersa na execução automática de algo pensado por outrem. À “alienação” material, referente à possível disparidade verificada na distribuição dos proveitos, soma-se outra “alienação” não menos grave, fruto da escravidão mental do homem às medidas impostas pela máquina. (...) Em lugar do homem o sistema. Não mais homem com a sua capacidade inventiva, e os vãos da imaginação criadora, mas tudo preordenado, planejado, programado, obedecendo a uma distribuição econômica de esforços para atingir-se o máximo resultado. (...) Que é consumo? Consumo é o homem, pois todos, produtores e não produtores, velhos, moços e crianças, doentes e sadios, todos nós consumimos. Quando dizemos “o consumidor”, indicamos, de certa forma o homem na sua universalidade vital. Donde se há de concluir que a re-humanização da economia implicará na busca de maior adequação e funcionalidade às exigências fundamentais do consumidor.

É, pois, em busca dessa “reumanização”, em um cenário econômico e sócio-tecnológico de “maquinização”, que surge o direito das relações de consumo, a partir da década de 60, do século XX, com a concepção de um indivíduo, sujeito de direitos e deveres, denominado consumidor, e outro, igualmente sujeito de direitos e deveres, denominado fornecedor.

Esse sujeito, fenomenicamente hiperssuficiente em relação àquele, tecnicamente mais informado, economicamente mais avantajado, juridicamente mais preparado, deveria ser contido em seus excessos, por intermédio de mecanismos legais, de ações políticas, ou seja, da participação do próprio Estado.

Entre eles, portanto, o Estado, legislando preventivamente para garantir uma harmonia nas relações jurídicas materiais concretas e atuando judiciariamente para compor os naturais, recorrentes e excessivamente numerosos conflitos decorrentes da dinâmica das relações de consumo. O Estado, através de seus organismos, passou a tentar promover a equivalência, a equiparação, o reequilíbrio formal, em face de relações jurídicas em que as partes se posicionavam

cidadão do mundo, não como *ciudadão*, *ciudadano* e *citizen*, mas como *netadão*, *netadano*, *netizen*, deixando de sentir-se como nacional de um país e sendo cooptado por organizações e estruturas que o transcendem, como as grandes empresas, clubes internacionais de serviço e organizações não governamentais – as famosas ONGs. (...) Mudanças políticas e econômicas engendradas pela globalização reforçam a posição de alguns grupos e classes e diminuem a de outros. A liberalização e as reformas estruturais reduzem o papel do Estado como promotor do bem estar social e induzem seus cidadãos, os cidadãos a cuidar do seus próprios benefícios. Como o Estado perde interesse no bem estar de seus cidadãos, os cidadãos também perdem interesse no bem estar do Estado e procuram em outros setores alicerçar sua identidade e direcionar sua lealdade.”

em desigualdade manifesta. De um lado o consumidor, sujeito de incertezas e possibilidades¹⁵⁸; de outro o fornecedor, hiperssuficiente.

A relação jurídica de consumo, pois, em sua essência econômica e social, era por si desigual e, ao tempo de sua constituição teórica, não se amoldava aos paradigmas de igualdade propalados pelo Estado Democrático de Direito, que se construiu concomitantemente. Daí a necessidade de uma tutela específica, de princípios que lhe outorgassem identidade, de novos paradigmas legais para recompor o equilíbrio formal e jurídico entre as partes integrantes dessa relação.

3.3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E A TUTELA DO CONSUMIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

É interessante notar que ao longo da história o movimento consumerista dividiu-se em vários estágios. Num primeiro momento esteve associado ao movimento sindical americano que lutava por condições dignas de trabalho dos comerciantes estadunidenses. Em uma fase posterior, passou-se a exigir qualidade dos produtos postos no mercado consumido, em uma espécie de ação social afirmativa. Mais tarde, em um terceiro momento, a luta foi pela criação de um conjunto legislativo específico de tutela ao consumidor.

¹⁵⁸ Sérgio Alves Gomes entende que o homem é um ser de incertezas e possibilidades porque vive em um ambiente instável, sujeito a mudanças constantes, vez que na esfera humana quase tudo é incerto, inseguro, pleno de riscos, e, ao mesmo tempo, que nessa mesma ambiência o homem realiza suas potencialidades criadoras de um desenvolvimento contínuo, nos cabe concluir que o homem é sim um ser de incertezas e possibilidades. Porém, essa potencialidade, por vez, não desenvolve no homem apenas virtudes, forças destrutivas. (...) O homem por si só é um ser de dúvidas, não tem certeza sobre seu futuro, sobre seu passado. Vive em contrastes buscas sobre si mesmo, pesquisas incessantes sobre quem é, sobre sua origem. Assim, diante do fato que o próprio ambiente, a própria ciência, não tem como responder com clareza o que é o homem, também este se mostra um ser de incertezas e possibilidades. (...) Assim também, ao se pensar que o homem nunca é um sujeito concluído, pleno, perfeito e que por isso cabe-lhe modelar a si mesmo ao longo da vida, não se pretende dizer que o que nele existe tenha dependido somente de seu exclusivo querer. (...) Já que o homem é um ser de múltiplas dimensões, somente no âmbito da sociedade consegue percebê-las em suas conexões e desenvolvê-las harmonicamente. Seu fazer-se é fruto de um constante agir em relação com os outros, e só por meio desta atividade será o homem capaz de ampliar a consciência de si mesmo e construir o mundo cultural. (...) A capacidade que o homem possui de compreender a realidade, ou seja, se compreender sobre si e sobre o mundo resulta do contínuo aprender que se dá ao longo da história. Tal aprendizado nunca termina, a não ser com a morte. Desta forma, o homem, enquanto viver, jamais se completa plenamente, tendo em vista que estará sempre em busca de algo novo, na esperança de satisfazer sua curiosidade, realizar seus infinitos desejos, sonhos, projetos e assim por diante. (...) No entanto, tudo isto o homem só realiza se viver em sociedade, já que é no seio desta que se dá a vivência política, vivência esta capaz de reunir os homens em uma vida social comum, cultivando-a e conservando-a. (...) Nos dias atuais, o horizonte da política e da democracia deve abranger todo o planeta, pela defesa de uma cidadania que seja cosmopolita, não limitada às fronteiras nacionais, sem que isso implique a destruição do Estado nacional e das nacionalidades. Tudo isto porque, somente no seio deste tipo de sociedade pode o ser humano ser visto e compreendido como ser social de múltiplas dimensões e equivalentes necessidades. Um ser que traz em si, juntamente com suas tantas incertezas, um miríade de possibilidades (2008, p. 81).

É exatamente nessa onda reformista proporcionada pelo Estado social que surgem os primeiros movimentos consumeristas nos Estados Unidos, a exemplo do New York Consumers League (1.891), National Consumers League (1.899), Consumers Union (1.929), Consumers Research (1.936)¹⁵⁹, todos voltados, de uma forma ou de outra, direta ou indiretamente, para o desenvolvimento de mecanismos de proteção de um dos sujeitos da relação econômica: o consumidor, aquele que adquire produto ou utiliza serviço para fins pessoais, familiares, não profissionais.

A trajetória de lutas e conquistas sociais do movimento consumerista formou, em toda parte do mundo, associações de proteção e defesa de direitos, as quais foram decisivas na criação de tutelas, tanto na senda política como na seara jurídica. A partir dos anos sessenta, do século XX, o mundo viu surgir um conjunto de disposições normativas que passaram a assegurar, tanto no plano internacional como nas esferas internas dos Estados, os direitos básicos do consumidor e políticas públicas de tutelas específicas.

Com efeito, a relação de consumo tornou-se autônoma, desvincilhando-se do direito civil e mercantil, passando a ser entendida como uma relação jurídica com elementos e estruturas peculiares. A relação de consumo, com efeito, derivou do processo de transformações econômicas, sociais e políticas iniciadas nos movimentos sociais do século XX, própria de um novo tempo e de uma nova forma de adquirir produtos e serviços disponibilizados no mercado. De acordo com MARQUES (1992, p. 27):

Na sociedade de consumo, com seus sistemas de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e

¹⁵⁹ Djalma Eudes dos Santos (2011, pp. 48 e 49), in *O Fenômeno Consumerista e os Movimentos Sociais no Brasil*, analisando o fenômeno consumerista à luz das teorias dos movimentos sociais, propõe duas premissas sobre o surgimento e a consolidação dos movimentos de defesa do consumidor: 1) No caso do consumerismo, pode-se afirmar que há um campo de lutas em torno de direitos no qual podemos englobar os direitos que se pressupõe existir na relação de mercado, genericamente definida por Weber como «uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca» [Weber, 2009, p. 419]. O consumerismo, em tal relação, focada especificamente na troca, tem como uma de suas metas, alterar a estrutura e as regras de funcionamento das relações de consumo, buscando inserir critérios como: equidade e reciprocidade contratual; garantias quanto à saúde e proteção do consumidor contra danos possíveis; informação adequada sobre as qualidades e limitações dos produtos; ou ainda, critérios ligados a hábitos de consumo e possíveis impactos sobre o meio ambiente; 2) Estes movimentos constroem-se sob bases diversas, focando os mais variados assuntos que têm implicações no comportamento de compra e, para isso, se constituem como associações, algumas com fortes características organizativas. Dentre os autores que estudam estes movimentos, Zald (et al., 2000) os analisa à luz das novas dimensões produzidas pela teoria da mobilização política (que inclui a estrutura de oportunidades políticas, a mobilização de estruturas e os processos de framing), mostrando-se particularmente interessado em explorar como, e em quais condições (sejam estas, estruturais, estratégicas e / ou políticas), estes movimentos se tornam aptos a criar novas formas organizacionais.

os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. (...) Como se observa na sociedade de massa atual a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estados contratos são homogêneos em seu conteúdo (...), mas fechados com uma série ainda indefinida de contratantes. (...) Os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão tornaram-se inerentes à sociedade industrializada moderna (...) Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados.

Essa visualização somente se tornou possível e efetiva na ambiência dos Estados Democráticos de Direito, especialmente no pós Segunda Guerra, quando a sociedade, pelos movimentos sociais e políticos, passou a exigir uma maior participação governamental para impedir ou prevenir abusos no mercado de consumo, como forma de tentar conter o avanço descontrolado dos interesses capitalistas sobre os direitos fundamentais individuais¹⁶⁰.

Analisando a hermenêutica constitucional nos Estados Democráticos de Direito, Sérgio Alves Gomes (2008, p. 245) explica que a vivência dos indivíduos integrantes de um Estado Democrático de Direito caracteriza-se por uma multiplicidade de requisitos, figurando como indispensáveis os seguintes, dentre outros:

Consciência das dimensões individual e social, inerentes a todo ser humano; liberdade de pensamento e de expressão; maior participação possível dos interessados (...) nas discussões das questões que exigem deliberação; práticas garantidas do livre debate, em torno das questões de interesse individual e social a fim de influenciar positivamente a tomada de decisões razoáveis e justas que interessem ao *bem comum*; procedimentos institucionais eficientes para fiscalizar a atuação ou ausência da referida vontade de democracia e de “constituição”; equilíbrio entre os poderes político, jurídico e econômico e o indivíduo, de sorte a não transformar este em objeto nas mãos daquele, mas, sim, em sujeito de *direitos fundamentais* civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ecológicos ... a serem promovidos pela ordem jurídica nacional e internacional; (...) não massificação do sujeito, mediante o reconhecimento de sua individualidade e personalidade, de modo a sentir-se valorizado como *pessoa humana* e capaz de participar na construção da sociedade democrática (...).

¹⁶⁰ Luiz Fernando Coelho (2001, pp. 30 e 31) é enfático ao afirmar que “Toda a atividade política da humanidade, desde os tempos imemoriais, tem se resumido na tecnologia de dominar as forças produtoras de homem para que elas não se desviem de seu objetivo primordial: o lucro. (...) A história da civilização não o desmente e nenhuma retórica economicista, nenhuma sofisticação discursiva irá desmentir esse fato prosaico, que o capitalismo tende a aperfeiçoar-se à medida que se sofisticava a tecnologia da exploração do homem pelo homem, a qual engendrou as formas primitivas, medievais e modernas de escravidão, as formas modernas e pós-modernas de colonialismo mercantil, industrial e tecnológico, e agora, a forma transmoderna de colonialismo virtual.”

As Constituições, com efeito, passaram a inserir em seus textos essas novas propostas tutelares de proteção ao consumidor, sujeito reconhecidamente mais fragilizado nessa espécie de relação. E isso somente foi possível graças ao advento do Estado Democrático de Direito¹⁶¹. Já se cogita, inclusive, de um Direito Internacional do Consumidor. Segundo Marques (2011, pp. 1.100-1.103):

Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional, e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não pode ser prejudicado, ou seja, sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior. (...) Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo, que põe à luz as falhas do mercado e os limites da noção de “soberania” do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal. (...) Na Europa, desde a década de 70, os doutrinadores propugnam a necessidade de um Direito Internacional Privado voltar-se para a proteção dos mais fracos, especialmente consumidores, incluindo novos elementos de conexão mais flexíveis e adaptados à tutela do vulnerável nestas situações privadas internacionais, antes à falência das ditas conexões “neutras” e rígidas, mais adaptáveis ao relacionamento entre iguais ou pelo menos entre profissionais, comerciantes. Estas normas especiais de DIPr seriam necessárias até que a harmonização das normas materiais de defesa do consumidor, pelo menos nos temas principais das internacionalização então vivida, acontecesse na Europa.¹⁶²

A tutela do consumidor está indissociavelmente fundamentada no Estado Democrático de Direito, que promove o indivíduo em sua completude

¹⁶¹ Sérgio Alves Gomes (2008, p. 336), descreve o Estado Democrático de Direito como um *paradigma superador de outros que o antecederam historicamente (absolutista, liberal, social, socialista...)*. E enfatiza que esse modelo de organização social e política: “(...) incorpora em si direitos e valores que fazem dele um paradigma superior aos modelos que o antecederam. Superior no sentido de sua maior capacidade para compreender o ser humano e condição, ou seja, de interpretá-lo no conjunto de suas dimensões, potencialidades e possibilidades. Um Estado instituído pela sociedade a fim de se colocar a serviço da concretização de tais *potencialidades* e *possibilidades*. E, ao assim agir, vai ele também se aperfeiçoando enquanto modelo estatal elaborado à luz das finalidades que cada ser humano e a sociedade da qual participa almejam alcançar. Tais finalidades somente serão atingidas num espaço social em que Estado aí atuante esteja seriamente envolvido com os ideais democráticos. (...) Um Estado com tais características só seria possível constituir por meio de um Direito também comprometido com os valores da Democracia, daí denominar-se *Estado Democrático de Direito*. Um Estado a serviço do homem, para colaborar na promoção da dignidade do ente enquanto pessoa, garantindo *eficácia* aos direitos fundamentais.”

¹⁶² Nessa esteira, a relação de consumo pode ser identificada como uma espécie de relação econômico-jurídica, respaldada tanto pela ordem constitucional como pelo direito internacional. Concluindo o seu raciocínio Marques (2011, p. 1.107) assevera: “A tendência é a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional, *lois de police* ou leis de aplicação imediata, assim como a aproximação e a harmonização das regras nacionais, que asseguram a proteção do consumidor, nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Européia (UE) e o Mercosul.”

valorativa, em sua dimensão mais humana, mais social, mais política, mais econômica, mais tecnológica e mais cultural.

Trata-se de uma relação portadora de elementos que lhe outorgam identidade e tutelada por um conjunto valorativo próprio, uma composição normativa microssistêmica, dotada de identidade epistemológica (possibilita-se identificar um direito das relações de consumo), de atributos de interdisciplinaridade (caracterizado pelo diálogo com outros saberes, não jurídicos) e de multidisciplinaridade (ou seja, com conteúdo normativo de múltipla natureza jurídica).

A relação de consumo é uma espécie de relação jurídica que conta com algumas especificidades. Apesar de ter a mesma estrutura de uma relação jurídica obrigacional de natureza civil – os elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo) – os fatores sociais, políticos e econômicos que constituem a relação jurídica de consumo permitem estabelecer consideráveis distinções com as demais relações jurídicas de origem privada. A principal delas: a vulnerabilidade¹⁶³ presumida do consumidor.

Por vulnerabilidade presumida do consumidor entende-se a condição real, fenomênica, existencial de acentuada fragilidade ou considerável desequilíbrio em face do fornecedor, nas relações obrigacionais ou contratuais que os envolvem.

Enquanto o consumidor se revela um sujeito destituído do controle do processo produtivo e dos bens de produção, submetido ao poder e controle de um sistema, o fornecedor se mostra como o detentor absoluto da capacitação técnica, informativa, econômica e jurídica do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo.

FILOMENO (2004, p. 62) comenta que:

¹⁶³ Vulnerabilidade é o atributo jurídico que representa uma situação de desigualdade, de desequilíbrio entre as partes. Cristiano Heineck Schmitt (2011, PP. 464 e 465) assim dispõe sobre a noção de vulnerabilidade do consumidor no direito brasileiro: “A defesa do consumidor, no Brasil, trata-se de direito fundamental expresso na Constituição Federal, sendo nela igualmente apresentado como princípio conformador da ordem econômica, sendo um dos fundamentos do Estado e instrumento para constituir-se em uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, que busque erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem discriminação. O consumidor, por sua vez, é reconhecido como indivíduo ou entidade vulnerável no mercado de consumo, como denota o inc. I do art. 4º do CDC. Considerando-se o fato de que a Constituição Federal de 1988 promove intensa reformulação no direito privado, ao conceber a idéia de criação de um diploma de proteção aos direitos do consumidor, reconhecemos que existe uma nova definição de igualdade no direito contratual, ou seja, uma igualdade dos desiguais, a qual somente será alcançada com intervenção estatal nas relações particulares, “assegurando direitos aos mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro”.

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

Essa desigualdade fenomênica entre os sujeitos da relação jurídica pôs em cheque o tratamento igualitário previsto pelo direito privado formatado pelos códigos oitocentistas e novecentistas e estimulou o intervencionismo estatal no sentido de garantir uma tutela legislativa específica das relações de consumo.

A mola propulsora desse fenômeno foram os acidentes de consumo decorrentes dos vícios e defeitos dos bens e serviços colocados no mercado. O revés da produção escalonada, obviamente, é a queda da qualidade dos produtos e dos serviços oferecidos no mercado de consumo, dentro de processos industriais. A massificação da produção importa, conseqüentemente, na utilização de mão-de-obra menos qualificada, de insumos de preços mais acessíveis e de menor qualidade. Por conseguinte, a baixa qualidade de produtos e serviços consumidos no mercado de consumo implica um aumento considerável de lesões a bens e direitos humanos, e mais especificamente à integridade físico-psíquica do homem¹⁶⁴.

A sociedade americana, que a partir da segunda guerra mundial passou a gozar de maior desenvolvimento econômico e industrial, assistiu com grande preocupação os reflexos da inexistência de sistemas de proteção e defesa dos incautos consumidores. A necessidade de uma tutela protetiva específica para o consumidor foi, em verdade, apontada como uma proposta supranacional,

¹⁶⁴ Sobre esse novo cenário da produção massificada, Cavalieri Filho registra (2008, p. 2 e 3): “Sabemos todos que a revolução industrial aumentou quase ao infinito a capacidade produtiva do ser humano. Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir dessa revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, até para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica. Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização. Se antes era o próprio fabricante quem se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.(...) O novo mecanismo de produção e distribuição impôs adequações também ao processo de contratação, fazendo surgir novos instrumentos jurídicos – os contratos coletivos, contratos de massa, contratos por adesão, cujas cláusulas gerais seriam estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor.(...) Por outro lado, os remédios contratuais clássicos não evoluíram e se revelaram ineficazes na proteção e defesa efetivas do consumidor. (...) Destarte, à falta de uma disciplina jurídica eficiente, reestruturada, moderna, proliferaram, em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas de responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.”

justamente em face de sua natureza cosmopolita, universal, passando a fazer parte das políticas públicas estadunidenses¹⁶⁵.

A Organização das Nações Unidas (ONU), já em 1.969, indicava a sua pretensão em regulamentar as relações de consumo quando, na Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social (Resolução 2.542/69), dispôs expressamente sobre a necessidade de proteção do consumidor¹⁶⁶.

Com o propósito específico de orientar os países membros, a ONU aprovou a Resolução 39/248, em 16 de abril de 1.985, reconhecendo expressamente que os consumidores se encontram em situação de significativo desequilíbrio em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo¹⁶⁷.

Trata-se de uma norma que, a toda evidência, incentiva os Estados nacionais a promoverem, no exercício de suas soberanias, políticas públicas executivas, legislativas e jurisdicionais voltadas à proteção e defesa do consumidor¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Foi nesse contexto que John Kennedy elaborou a mensagem presidencial para o Congresso Americano, em 15 de março de 1962. Nesse discurso Kennedy alertou: “ Os consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e afetado por quase todas as decisões públicas e privadas econômicas. Dois terços de todos os gastos na economia são pelos consumidores. Mas eles são os únicos grupos importantes na economia que não são efetivamente organizados, cujos pontos de vista muitas vezes não são ouvidos. (...) O governo federal - por natureza, o maior porta-voz para todas as pessoas - tem uma obrigação especial de estar alerta para as necessidades do consumidor e para promover os interesses do consumidor. Desde que a legislação foi promulgada em 1872 para proteger o consumidor contra fraudes envolvendo o uso do correio dos EUA, o Congresso e o Poder Executivo têm sido cada vez mais conscientes da sua responsabilidade para ter certeza de que a economia da nossa nação justa e adequada serve os interesses dos consumidores. (...) Afortunados como nós somos, nós, no entanto, não se pode permitir desperdícios no consumo de mais do que podemos pagar ineficiência nas relações comerciais ou de Governo. Se os consumidores são oferecidos produtos de qualidade inferior, se os preços são exorbitantes, se as drogas são inseguras ou inúteis, se o consumidor é incapaz de escolher com conhecimento de causa, então o seu dólar está perdido, sua saúde e segurança podem ser ameaçados, e o interesse nacional sofre. (...)”.

¹⁶⁶ Assim dispôs a Declaração para o Progresso e o Desenvolvimento Social da Organização das Nações Unidas (Almeida, p. 32): Progresso social e desenvolvimento têm como objetivo a contínua elevação do material e padrões de vida espiritual de todos os membros da sociedade, com respeito e no respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais, através da realização dos seguintes objetivos principais: (...) Artigo 10 (A) garantia de A em todos os níveis do direito ao trabalho e o direito de todos para formar sindicatos e associações de trabalhadores e de negociar coletivamente; promoção do emprego produtivo total e eliminação de desemprego e subemprego; estabelecimento de equitativa e satisfatória, condições de trabalho para todos, incluindo a melhoria das condições de saúde e segurança; garantia da justa remuneração do trabalho, sem qualquer discriminação, bem como um salário mínimo suficientemente elevado para garantir um padrão de vida decente, de proteção do consumidor;

¹⁶⁷ De acordo com a Resolução n. 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU, 2011), as normas protetoras do consumidor possuem os seguintes objetivos: “a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora; b) oferecer padrões de consumo e distribuição que preencham as necessidades e desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços mais baixos.”

¹⁶⁸ Tais políticas, de acordo com o disposto no item 3, da Resolução 39/248, devem visar ao atendimento das seguintes necessidades (ONU, 2011): a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua segurança; b) fomentar

Acudindo a essa orientação da Organização das Nações Unidas, o Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico, em 1.988, a primeira disposição legal voltada à proteção e defesa do consumidor. Três dispositivos foram inseridos na Constituição Federal: o art. 5º, inciso XXXII; o art. 24, inciso VIII; e o art. 170, inciso V. O primeiro revela a índole garantista da proteção constitucional; o segundo, denota uma perspectiva federalista do sistema de proteção ao consumidor; e o terceiro, transpassa a importância econômica dessa modalidade de tutela.

O art. 5º, da Constituição Federal, que se constitui na declaração brasileira de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, determinou, em seu inciso XXXII (Brasil, 2011), que *o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor*. Foi um posicionamento decisivo, tanto do ponto de vista normativo quanto político¹⁶⁹.

Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 11), refletindo sobre as razões da inserção desse dispositivo na Constituição Federal do Brasil, questiona e, em seguida, responde:

Qual é o sentido desse dispositivo constitucional e que conclusão dele podemos tirar? Não há nele uma simples recomendação ou advertência para o Estado, mas sim uma ordem. “O Estado promoverá a defesa do consumidor.” Promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, é um imperativo constitucional. E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor. (...) Foi o constituinte originário, portanto, que instituiu um direito público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, para que Estado-legislador, o Estado-juiz e o Estado-executivo, na forma da lei, realizassem a defesa do consumidor. Em outras palavras, foi o constituinte originário que determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor, o que evidencia que o Código do Consumidor, diferentemente das leis ordinárias em geral, tem origem constitucional.

Note-se o conteúdo ideológico garantista da norma matriz: *o Estado promoverá a defesa do consumidor*. Não há dúvida que a determinação da Constituição é cumprir as orientações das regras supranacionais de índole política editadas pela Organização das Nações Unidas, em consonância com a

e proteger os interesses econômicos dos consumidores; c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; d) educar o consumidor; e) criar possibilidades de real ressarcimento do consumidor; f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.

¹⁶⁹ O legislador constituinte brasileiro inseriu a determinação do Estado de proteger o consumidor no núcleo intangível da Carta Maior; insculpiu uma norma princípio, e alicerçou solidamente o sistema de proteção do sujeito vulnerável na base estrutural da Constituição Federal de 1988, promovendo o próprio Estado como o seu primeiro e mais forte defensor.

sistematização tutelar que se constrói, paralelamente, em outros países de semelhante formatação política.¹⁷⁰

Mas a Constituição Federal não cessou por aí. Determinou aos entes federados, e mais especificamente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, que legislassem concorrentemente sobre a responsabilidade por danos causados ao consumidor, conforme previsto no art. 24, inciso VIII.

Verifica-se nesse ponto também o cumprimento da orientação das regras previstas pela ONU, segundo as quais, as políticas públicas elaboradas pelos Estados nacionais, membros da instituição, devem proteger o consumidor, permitindo a ele acesso à meios que viabilizem a recomposição de prejuízos sofridos, principalmente quando os bens jurídicos ofendidos foram a vida, a saúde e a segurança, isto é, criando possibilidades de um real e efetivo ressarcimento ao consumidor¹⁷¹.

Como forma de, no plano político, atender a orientação supranacional, e no plano fenomênico, concretizar o princípio garantista insculpido no art. 5º, inciso XXXII, a própria Constituição Federal de 1.988 impôs à União, os Estados e o Distrito Federal o dever de legislar concorrentemente, e nos limites de suas competências definidas pelos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24, sobre a responsabilidade civil dos danos sofridos pelos consumidores.

Cuida-se de norma constitucional de índole marcadamente federativa, que atribui a todos os entes integrantes da Federação a responsabilidade de atuarem conjuntamente, e com incisão, no projeto constitucional de defesa do

¹⁷⁰ Essa ordem ditada pela Constituição ao Estado, de proteger o consumidor, dá conta do reconhecimento implícito pela Constituição Federal de 1988 do atributo da vulnerabilidade do sujeito mais enfraquecido na relação jurídica. Comentando sobre o reconhecimento do atributo da vulnerabilidade como princípio fundamental regente das relações de consumo, João Batista de Almeida (2010, p. 34) imputa a essa característica um elemento estrutural do sistema de tutela efetiva universalmente aceita, quando assevera que: “É a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre a qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; ele apresenta sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. Há reconhecimento universal no que tange a essa vulnerabilidade. Nesse sentido já se manifestou a ONU e por esse enfoque o tema é tratado em todos os países ocidentais. No Brasil, a atual Constituição Federal reconhece claramente essa situação de hipossuficiência, ao declarar que o Estado promoverá a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), de um lado assumindo a postura de garantidor e, de outro, outorgando tutela legal a quem, adrede e filosoficamente, se reconhece carecedor de proteção. Nessa sorte de idéias, não há como questionar a inspiração central do movimento, sob pena de afastar-se da consciência universal, negando-se aquilo que é reconhecido por todos.”

¹⁷¹ Conforme já mencionado, a propulsão da tutela específica consumerista foi justamente a proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor, atingidas pelos vícios e defeitos dos produtos e serviços inseridos em um mercado massificado de consumo totalmente desregulamentado, no século XX. De acordo com Zelmo Denari (2004, p. 163): “O fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde ou comprometedor da segurança do consumidor é responsável pela maior parte dos designados *acidentes de consumo*, infortúnio que prosperou após o advento da produção e do consumo em massa (...).”

consumidor. É o comprometimento do Estado como um todo, em suas diferentes esferas políticas e legislativas.

Por derradeiro, o art. 170, quando dispõe sobre os princípios fundantes da ordem econômica brasileira, constituída sobre a égide da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, prevê, mais uma vez a defesa do consumidor. Isto significa dizer que, qualquer política econômica a ser adotada pelo Estado brasileiro, desde o plano macroeconômico internacional até as disposições infralegais de coordenação e execução de planos governamentais, devem considerar os reflexos na atividade de consumo de modo a não prejudicarem o consumidor. Aliás, a determinação do princípio constitucional é mais impositiva: a ordem econômica deve ser constituída levando em consideração a defesa do consumidor.

Eros Roberto Grau, comentando esse dispositivo constitucional destaca três aspectos da defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, em uma reflexão crítica que serve de contraponto a uma leitura rasa e meramente descritiva, simplesmente apológica. Para o referido autor (2005, pp. 248 a 250):

O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável. (...) Três aspectos devem, no entanto, ser neste passo considerados. (...) Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.

(...) O segundo aspecto, jungido ao primeiro, diz respeito ao conceito de consumidor. (...) Esse conceito, penso, há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, formas assimétricas, consumidor é, em regra, aquele que se encontra em uma *posição de debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.

(...) O terceiro aspecto a referir respeita à não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da *ordem pública*. A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo. Por isso mesmo é que o caráter eminentemente conformador da ordem econômica, do princípio, é nítido.

Esse tripé normativo constitucional que constitui a tutela do consumidor, isto é, o aspecto garantista e, ao mesmo tempo, federativo e econômico

da proteção constitucional, impôs explicitamente o dever de uma legislação protetiva específica.

Em 11 de setembro de 1.990 foi promulgada a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aliás, a ementa da Lei Federal 8.078/90 (que realça o objeto da espécie normativa) está assim registrada: *dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*¹⁷².

O legislador foi enfático em determinar a tutela do sujeito mais vulnerável da relação jurídica em referência. Diferente ideologia consubstanciaria caso a ementa contivesse dizeres como *dispõe sobre as relações de consumo e dá outras providências*¹⁷³. A tutela do Estado não se volta, pois, à proteção de todos os sujeitos da relação jurídica, ou à própria relação jurídica. A tutela é personalizada; a proteção é específica à pessoa do consumidor. Isto é, o Estado se posicionou ideologicamente afirmando textualmente que o Código protegerá o consumidor.

Logo em seu primeiro dispositivo, em obediência ao art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, o Código (Brasil, 2011) registrou ter vindo para estabelecer normas *de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social*¹⁷⁴. Suas regras são cogentes, portanto. Ora, dotadas de coercibilidade absoluta, ora de disponibilidade relativa, autorizando o Estado, sempre, corrigir desvios nas relações jurídicas constituídas sob sua incidência.¹⁷⁵

¹⁷² O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, dispôs expressamente que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. A ordem constitucional foi cumprida. Em parte. O Código foi promulgado, mas com atraso de aproximadamente dois anos.

¹⁷³ Segundo Fernando Costa de Azevedo (2009, p. 1060): “O CDC, lei de ordem pública e interesse social (art. 1º), reflete o que muitos juristas denominam paradigma pós-moderno do Direito, isto é, o paradigma de uma sociedade *hipercomplexa* em seus grupos de interesses econômicos, políticos, étnicos, morais etc. - o que se revela na multiplicidade de fontes normativas - que reclama a intervenção estatal, como questão de *ordem pública*, para a solução dos conflitos que envolvam, em especial, a proteção da *vida* e da *dignidade humanas*. (...) A existência de um Código para a proteção de um *sujeito de direitos fundamentais* (art. 5º, XXXII, da CF/1988 c/c o art. 48 do ADCT) evidencia que esse mesmo paradigma pós-moderno do Direito representa uma superação do tradicional positivismo jurídico, centrado na figura do Código como eixo hermenêutico do sistema de direito privado, para um *neopositivismo jurídico* que compreende as normas e valores constitucionais como as *normas fundamentais do direito privado*, condicionantes da validade e da eficácia das normas codificadas (Códigos Civil, Penal, Processuais etc.) e extravagantes (leis ordinárias e atos normativos do Poder Executivo).

¹⁷⁴ De acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano (2003, p. 07): “Normas de ordem pública são aquelas que não podem ser alcançadas pela atividade de disposição dos interessados. (...) Então, erigiu o legislador - inspirado nos já ressaltados aspectos de vulnerabilidade e hipossuficiência - a lei de proteção ao consumidor àquelas tachadas como de ordem pública, havendo interesse primário estatal na sua aplicação e observância. A consequência jurídica básica desse tratamento ímpar é, pois, a total impossibilidade de afastamento das regras aplicáveis à espécie; em outras palavras, qualquer cláusula tendente a distanciar o consumidor da guarda oferecida pela lei será tida por não escrita.

¹⁷⁵ Esse espírito tutelar, protetivo, garantista, pode também ser percebido quando da análise do *caput* do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, quando dispõe que (Brasil, 2011): “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, como a transparência e harmonia das relações de consumo.”

A percepção que se tem, pela análise desse dispositivo legal introdutório do Código, é a de uma completa adequação aos propósitos do Estado Democrático de Direito e às mensagens originárias da ordem política internacional.

Vê-se que o olhar do legislador infraconstitucional voltou-se para o *sujeito consumidor* em suas dimensões: de humanidade (dignidade), de personalidade (saúde e segurança), de economicidade (a proteção de seus interesses econômicos), de socialidade (melhoria de sua qualidade de vida) e, por último, de normatividade (transparência e harmonia nas relações – jurídicas – de consumo).

Essa preocupação que se materializa nos dispositivos inaugurais do Código de Defesa do Consumidor, se constitui pilares de sustentação da teoria da proteção consumerista, e reflete os mesmos valores protegidos pelo Texto Constitucional do nosso Estado Democrático de Direito¹⁷⁶. Como ensina Luiz Amaral (2010, pp. 1138 e 1139):

O Código, com sua Política Nacional de Relações de Consumo e com seu Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não autoriza a qualquer desavisado concluir que se desvanece a liberdade econômica, antes ao contrário, estimula-se aquela liberdade enquanto atuação socialmente responsável, em ambos os pólos da relação jurídica de consumo. Com efeito, pelo princípio da intervenção mínima necessária impede-se que os economicamente fortes reduzam ou anulem a liberdade dos economicamente fracos. A declaração de que todos são livres e iguais, tenho dito e escrito, é ociosa quando apenas alguns podem viver concretamente esta liberdade. Que liberdade há para quem desconhece as regras básicas do mercado, os produtos e seus similares, os preços e seus componentes? Que liberdade há para quem está sob pressões diversas (publicidade subliminar, rótulos e embalagens enganadoras, monopólios, insuficiência salarial, etc. e etc.?). Que liberdade há para quem ignora o sentido e alcance das conseqüências jurídicas de cláusulas contratuais exclusivamente arquitetadas pelo economicamente mais forte? Como se

¹⁷⁶ Os valores encartados pelos princípios fundamentais da relação de consumo, constantes do art. 4º do Código do Consumidor, consagram se irradiam por todo o texto do Código de Defesa do Consumidor, e dá vida a própria Constituição. Conforme leciona Sérgio Alves Gomes (200, p. 321): “Para “*dar vida à Constituição*” do Estado Democrático de Direito exige-se uma hermenêutica que combata a morte do ideário democrático. Por isso, urge se pense em uma hermenêutica capaz de desenvolver em todos os intérpretes – e na democracia todos têm o direito e o dever de interpretar a Constituição, visando a sua compreensão – a consciência de que a Constituição deve ser entendida como algo muito superior a uma simples “*folha de papel*” (lembrando a expressão de Lassalle). Tal compreensão há de estar presente na consciência de *todos* e deve ser exteriorizada de modo exemplar pelo comportamento de quem exerce o poder público e, sobretudo, daqueles a quem compete, institucionalmente, a defesa substancial e processual da Constituição, como é o caso dos que exercem a advocacia, integram o Ministério Público ou são órgãos do Poder Judiciário. (...) A correta compreensão da Constituição que constitui o Estado Democrático de Direito é aquela que percebe nesta, uma *síntese ética, política e jurídica resultante do caminhar da humanidade*. Um caminhar de lutas, avanços e retrocessos, novos avanços, durante o qual muitos esforços foram e continuam a ser expendidos para se conseguir ainda que um mínimo de consenso, indispensável à sobrevivência da própria humanidade: um entendimento em torno de valores básicos da convivência a serem salvaguardados mediante o respeito a *princípios fundamentais de uma sociedade democrática*. Estes não surgem como invenção do poder constituinte. Decorrem de uma percepção da consciência ética projetada na história e acolhida no ato da enunciação constitucional”. Essa proposta de uma *Nova Hermenêutica Constitucional*, como refere Sérgio Alves Gomes, é perfeitamente adequada ao Código de Defesa do Consumidor.

pode ver a famosíssima e secular liberdade contratual ou autonomia da vontade amiúde não passa de máscara para a vontade unilateral, e por isso mesmo e enquanto princípio absoluto, acha-se a caminho do museu de belas utopias jurídicas.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor¹⁷⁷ no mercado de consumo, propositadamente alocado como o primeiro princípio regente das relações consumeristas é, v.g., a demonstração de que o legislador infraconstitucional realizou uma conexão entre a manifesta condição de fragilidade, de impotência, de insuficiência do consumidor ante ao sistema econômico e a necessidade de efetiva tutela para esse mesmo sujeito.

Reconheceu, em uma única expressão – vulnerabilidade – as mais perniciosas conseqüências do liberalismo e do capitalismo sobre o ser humano, tomado em sua condição de pessoa.

O Código está, em outras palavras, impondo tanto ao legislador complementar, como ao intérprete e aplicador das regras que balizam as relações consumeristas, o dever de considerar, sempre, em suas atividades hermenêuticas, essa condição de vulnerabilidade.

Qualquer raciocínio hermenêutico, pois, de qualquer uma das disposições legais dispostas no Código, obrigatoriamente, deve partir desse pressuposto. Assim também deve ser quando diante de um conflito consumerista.

3.4 A TUTELA JURISDICIONAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É muito didática e apropriada a visão que João Batista de Almeida (2010, p. 76) tem do Código de Defesa do Consumidor, quando o identifica como um microssistema jurídico segmentado em quatro campos de tutela: a tutela civil (arts.

¹⁷⁷ Serrano e Nunes Júnior (2003, p. 29), ao estudarem a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor na relação de consumo, destacam que: “Com efeito, o princípio em pauta brota de uma análise, efetivada pelo constituinte e pelo legislador, da realidade econômica. Observando o mercado de consumo, liberto de amarras jurídicas, constata-se uma situação de manifesta prepotência econômica do fornecedor, que controla a produção, monopoliza a informação, redige unilateralmente a esmagadora maioria dos contratos e, além de outros aspectos, encontra-se beneficiado pela situação de superioridade econômica. De outro lado, o consumidor que não conhece e tampouco domina as técnicas de produção, encontra-se, não raro, privado de informações essenciais; subscreve, no mais das vezes, um contrato unilateralmente elaborado pela outra parte e, além de necessitar do produto, não pode arcar com os ônus de uma demorada batalha judicial. (...) Ajustando tal realidade ao princípio constitucional da isonomia, surge o princípio da vulnerabilidade, que, reconhecendo a situação de debilidade do consumidor, indica que toda intervenção legislativa, administrativa e judiciária em sede de relações de consumo, deve ser aparelhada de modo a suprir tal vulnerabilidade. Bem por isso, mais do que informar a Política Nacional de Relações de consumo, o princípio da vulnerabilidade informa todo o microssistema de Direito do Consumidor.”

8º a 54); a tutela administrativa (arts. 55 a 60); a tutela penal (arts. 61 a 80) e a tutela processual (arts. 81 a 104).

A primeira trata dos direitos e obrigações constituídos entre consumidor e fornecedor; a segunda, do exercício do poder de polícia do Estado e da aplicação das sanções administrativas por este, enquanto responsável pela manutenção da ordem; a terceira, da tipificação de condutas criminais e do exercício do *jus persequendi*; e a quarta, do exercício da pretensão em juízo, com enfoque especial (mas não exclusivo) no processo coletivo (Almeida, 2010, p. 76). Todas essas dimensões estão interconectadas pelos princípios fundamentais das relações de consumo, contidos exemplificativamente no art. 4º, e que servem de eixo axiológico para a organização do microsistema.

Assim, antes dessa variedade normativa multidisciplinar (considerada pela doutrina como um dos fatores da identificação do Código como um microsistema jurídico) o Estatuto Consumerista traz os conceitos dos elementos constituidores da relação jurídica de consumo, apresentando tanto a definição de consumidor quanto de fornecedor¹⁷⁸; elenca os princípios fundamentais¹⁷⁹ da relação jurídica consumerista; e, enumera os direitos básicos do consumidor.

E o que se denota desse intróito legislativo é, desde logo, uma conjunção de propostas que buscam evitar o litígio e promover a harmonização da relação de consumo entre fornecedores e consumidores. É como se o Código, nesse momento inicial, propusesse o reequilíbrio da relação e a prevenção do conflito.

¹⁷⁸ Nos termos do art. 2º do Código, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Em seguida, no art. 3º, o Código destaca o conceito de fornecedor, ou seja, “(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação construção, transformação, importação, exportação, distribuição, comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

¹⁷⁹ O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor está assim redigido (Brasil, 2011): “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor (...); III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

O *caput* do art. 4º, de pronto, destaca que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo a *harmonia das relações de consumo*, atendidos, ao todo, oito princípios fundamentais. Pelo menos quatro desses valores instruem o intérprete especificamente em relação a possíveis conflitos consumeristas. De acordo com os incisos III e V, do art. 4º, do CDC (Brasil, 2011), são princípios fundamentais das relações de consumo:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; (...).

Nota-se, claramente, que ambos constituem-se proposições valorativas preventivas de litígios, considerando a possibilidade da harmonização da relação consumerista, a partir da boa-fé objetiva dos sujeitos integrantes do vínculo obrigacional, a necessidade de desenvolvimento econômico do próprio Estado, a informação e instrução do consumidor em relação aos direitos que possuem, estampados não apenas no Código de Defesa do Consumidor mas em toda a legislação que o complementa.

Por outro lado, na seqüência os incisos do art. 4º remetem a situações mais concretas de conflito¹⁸⁰, como se lê do CDC (Brasil, 2011):

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; (...)

¹⁸⁰ Interessa registrar o ponto de vista de Mariulza Franco (2007, pp. 115) sobre a importância do conflito: “A percepção de que o conflito é um processo permite constatar sua graduação e eleger a técnica mais adequada para ser utilizada no estágio em que se encontra. São técnicas de prevenção que evitam que se instaure, pela eliminação das causas ou modificações de circunstâncias; evitam seu recrudescimento, resolvendo disputas já existentes, por meio não adversariais. Na nova cultura, o conflito não é visto como algo indesejável, pelo seu lado 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 lhe causar, transformando-se o *status quo* e tirando-se proveito de eventuais conseqüências positivas que poderia acarretar. Visto por esse ângulo, afirma-se que o conflito é também construtivo e incentiva a criatividade; aceitando-se-lhe como ‘parte integral do comportamento humano’, motiva e oportuniza mudanças.”

E a partir dessa pressuposição do conflito a lei determina que o Estado se aparelhe para que a determinação constitucional de efetiva *proteção do consumidor* realmente ocorra. Esse aparelhamento se estrutura pela criação de órgãos especializados na proteção dos interesses do consumidor, como os procons, as delegacias especializadas, as promotorias de justiça de defesa do consumidor, os organismos de solução de litígios constituídos no âmbito da relação de consumo e associações protetivas.

Estes órgãos são os responsáveis pela execução da Política Nacional das Relações de consumo, cada qual em sua esfera político-jurídica de atuação. O art. 5º do Código (Brasil, 2011) ressalta que:

Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Ou seja, em seguida aos princípios que orientam a proteção em caso de conflito nas relações de consumo, o Código estabelece de modo complementar quais são os organismos que estão à disposição do consumidor para tornar a previsão valorativa em concreção efetiva.

Na mesma linha garantista, o art. 6º do CDC, quando traz os direitos básicos do consumidor, não abandona o sujeito mais fragilizado da relação. Os incisos VI, VII e VIII do referido artigo são evidentes manifestações do caráter protecionista do Estado em favor do consumidor, donde se lê no CDC (Brasil, 2011):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...).

Ao contrário de um Estado de Direito simplesmente normativista, a postura do legislador consumerista no Estado Democrático de Direito brasileiro foi a de adequar os conteúdos e valores sociais consubstanciados na legislação infraconstitucional ao substrato material dos valores do Texto Constitucional¹⁸¹.

Essa é uma tendência dos Estados que se organizam a partir de referenciais democráticos, e que buscam, por meio de um intervencionismo relativo e equilibrado, promover a equiparação material de relações jurídicas fenomenicamente desiguais. Para GOMES (1995, p. 35):

[...] Quanto mais democrático for o Estado, quanto mais efetividade buscar para as normas jurídicas que disciplinam a atuação do poder, delimitando e direcionando este para os *fins socialmente almejados*, quanto mais se preocupar com o atendimento das questões que afligem a sociedade como um todo, maior será o papel do juiz no processo, pois exercerá a *direção material* e não apenas formal deste e *participará ativamente* de sua instrução, sem ferir sua imparcialidade.

De fato, a disparidade técnica, econômica, informativa e jurídica entre os sujeitos integrantes da relação jurídica de consumo é tamanha que o Código arquiteta, dentro do seu microsistema, um engenhoso subsistema de proteção jurisdicional ao consumidor como forma de proporcionar efetivo acesso à justiça. O Código trata manifestamente os desiguais de modo desigual a fim de tornar efetivo o princípio da igualdade.

Nesse passo, quando se lê as regras contidas nos artigos 4º, 5º, 6º e 7º do Código de Defesa do Consumidor, que formam o núcleo axiológico da legislação consumerista, entende-se que a proposta desse microsistema é buscar a harmonização das relações de consumo, em primeiro lugar. No entanto, uma vez identificada a situação concreta de litígio, a legislação toma o rumo da parcialidade, prevendo diversos benefícios processuais ao consumidor. É que a relação de

¹⁸¹ Mas os referenciais normativos para a concreção da proteção outorgada pelo art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, não se exaurem apenas nos limites das leis nacionais. O art. 7º da Lei n. 8.078/90 abre um portal para conexões normativas inter e multidisciplinares que possibilitem a efetiva proteção do consumidor, ainda que não expressamente previstas em textos legislativos. De acordo com o referido dispositivo (Brasil, 2011): “Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

consumo é marcada, caracteristicamente, pela disparidade econômica, técnica, informativa e jurídica entre os seus sujeitos¹⁸².

A principiologia consumerista, originariamente enraizada no fértil solo em que se cultivaram os direitos sociais durante o século XIX, e desenvolvida na órbita da flexibilização da autonomia das vontades que permeia a atual realidade civilista, aliou-se a uma nova ordem contratual que possibilita, tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas relacionarem-se reciprocamente pela via de sistemas de informação, tornando cada vez mais frágil e controvertida a manifestação de vontade¹⁸³.

Esse protecionismo não reside apenas nas primeiras disposições, mas se dissemina por todo o Código. E quando o conflito entre consumidor e fornecedor constitui a lide, desvendam-se os mecanismos de proteção e defesa do consumidor de modo mais evidente.

O Código de Defesa do Consumidor vislumbra o conflito não apenas como um pressuposto para o acionamento dos seus próprios mecanismos de solução, mas sim o considera como uma possibilidade latente originária da natureza da própria relação. Então, quando o conflito ocorre, mecanismos judiciais e extrajudiciais específicos e concretos estão à disposição do consumidor para a sua salvaguarda.

Ada Pellegrini Grinover, comentando as vertentes da tutela jurisdicional estruturada no Código de Defesa do Consumidor, analisa didaticamente a proteção processual do consumidor sob dois enfoques: um individual e outro coletivo. GRINOVER (2011, p. 26) anota¹⁸⁴:

¹⁸² Nas palavras de Marcos Jorge Catalan (2007, p. 146): "(...) todo consumidor é vulnerável, pelo menos perante o microssistema vigente, e vulnerável porque faz parte de um grupo heterogêneo e pouco coeso, e por conta disto, acaba por se sujeitar a práticas negociais impostas por fornecedores que atuam corporativamente, mesmo quando agem de modo autônomo, pois nestes casos, em regra são bastante organizados. Em razão de tais fatos, a Lei 8.078/90 cria presunção legal (*iure et iure*) de vulnerabilidade, que segundo Cláudia Lima Marques divide-se em três espécies: técnica, jurídica e fática. A autora ensina que: a primeira se explica em razão do consumidor não possuir conhecimentos específicos do produto que está adquirindo; a segunda, por não ter conhecimento o jurídico, contábil ou econômico, que a situação exija; e a terceira nasce do confronto do poder econômico do fornecedor frente ao consumidor, impondo-lhes preços e condições manifestamente desfavoráveis."

¹⁸³ Os contratos de adesão, proliferando-se como forma de atingir o maior número de pessoas, emudeceram um dos pólos da relação jurídica, atingindo não apenas os desvalidos indivíduos aculturados da sociedade. Até mesmo grandes corporações tornaram-se vítimas do novo sistema de contratação e se submetem, quando o produto ou serviço não são afetos à sua atividade fim, a cláusulas previamente estipuladas, sem qualquer possibilidade de negociação. Daí a necessidade de um sistema mais protetivo, em que se relativize a palavra declarada, assinada, com firma reconhecida, porquanto, muito provavelmente não seja a vontade do próprio consumidor declarante.

¹⁸⁴ Após, comentando os aspectos processuais coletivos da tutela jurisdicional consumerista, Grinover registra (2011, p. 27): "Na vertente das ações coletivas, amplia-se e especifica-se a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, por intermédio das categorias dos "interesses difusos" e dos "interesses coletivos"

[...] a parte processual do Código atua em duas vertentes: na das ações individuais e das ações coletivas. No campo das primeiras, a lei opera por intermédio de diversas normas, como as que contemplam a possibilidade de determinação da competência pelo domicílio do consumidor autor (art. 101, I); a vedação da denunciação da lide e um novo tipo de chamamento ao processo, em determinadas hipóteses (arts. 88 e 101, II); a previsão de adequada e efetiva tutela jurisdicional por intermédio de todo e qualquer tipo de ação (art. 83); a nova configuração da tutela específica, nas ações que tenham por objeto do cumprimento de obrigação de fazer o não fazer (art. 84); o aproveitamento da coisa julgada do processo coletivo, para beneficiar as pretensões individuais (art. 103, §§ 1º e 3º), etc. Outras regras, situadas fora do Título, complementam esse reforço de tutela, como ocorre, por exemplo, com a inversão, *ope judicis*, do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII), com a implementação dos juizados de pequenas causas (art. 5º, inc. IV), com a assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º, I), com o *habeas data* em favor do consumidor (art. 43, §4º).

Assim, a tutela jurisdicional consumerista pode ser identificada como um conjunto de princípios e regras que alteram concepções clássicas do processo, que inovam buscando amoldar os instrumentos legais de proteção à realidade, o que é absolutamente justificável diante da nova realidade econômica, social e política globalizada.

Outrossim, entende-se que um importante consectário dessa disposição estrutural do microssistema consumerista é que o magistrado deve reconhecer *ex officio* nulidades que porventura venham afrontar direitos básicos e princípios fundamentais da relação de consumo¹⁸⁵.

Adiante, o Código, enquanto dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, elenca importantíssimos mecanismos jurisdicionais de proteção do vulnerável. O art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 2011) determina “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”¹⁸⁶

(art. 81, I e II); cria-se uma nova ação, para o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Cap. 11 do Título III), sem prejuízo da eventual *fluid recovery* (art. 100); aperfeiçoam-se as regras de legitimação e de dispensa de custas e de honorários advocatícios da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – a denominada lei da ação civil pública – (art. 87); dá-se novo tratamento à coisa julgada, quer no que diz com seus limites subjetivos, quer no que tange à ampliação do objeto do processo coletivo, para favorecer as pretensões individuais (art. 103); regulam-se a litispendência e, indiretamente, a continência (art. 104); amplia-se, enfim – fora do Título III – a abrangência da referida Lei 7.347/85, para que a tutela desta se harmonize e se inteire com a do Código de Defesa do Consumidor (art. 109 *usque* 117).”

¹⁸⁵ A propósito, muito recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 381, pela qual “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, objeto de fervorosas manifestações na doutrina porquanto não encontra qualquer respaldo nas disposições que orientam a melhor hermenêutica sistêmica consumerista.

¹⁸⁶ Apropriada é a leitura de Cavalieri Filho (2008, p. 92) sobre esse dispositivo: “O inciso VI do art. 6º trata, justamente, da questão da efetividade do Código de Defesa do Consumidor como instrumento de prevenção e de reparação de danos ao consumidor. Note-se que, ao lado da idéia de efetividade, se encontram, em primeiro lugar, o propósito de prevenir a ocorrência de danos ao consumidor. E como fazê-lo? Educando, orientando e informando consumidores e fornecedores, criando deveres para os fornecedores, restringindo a autonomia das

A facilitação do acesso aos órgãos judiciários e administrativos, para o cumprimento do direito básico previsto no inciso VI, é prerrogativa do CDC. Tem-se um direito efetivamente salvaguardado quando o titular tem a sua disposição instrumentos eficientes que lhe garantam a prevenção concreta ou a reparação justa. De acordo com ARRUDA ALVIM (1991, p. 32):

Isto se dá através dos órgãos do Poder Público, específicos para as questões relativas às relações de consumo, e também, ou até principalmente, de início, através dos órgãos ordinários encarregados da solução dos conflitos, ou seja, o próprio Poder Judiciário.

Todo o sistema processual criado pelo Código do Consumidor leva em seu bojo a finalidade de possibilitar uma efetiva atividade processual e conseqüente proteção judiciária às relações de consumo de forma a tornar possível a concreta e efetiva realização de todos os direitos outorgados ao consumidor e a real reparação aos danos sofridos pelo consumidor, com disposições expressas referentes à defesa deste em juízo (...). Regula as ações para a defesa de interesses individuais homogêneos e quanto à responsabilidade do fornecedor, com normas expressas para a eficácia da sentença e especialmente a extensão subjetiva da coisa julgada com critério sempre benéfico para o consumidor, vítimas e sucessores.

Esse protecionismo jurisdicional se irradia por todo o Código, a começar pelo inciso seguinte do próprio art. 6º, que prevê como direito básico do consumidor (Brasil, 2011) “a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Rogério Zuel Gomes (2011, pp. 358 e 359), comentando esse dispositivo, arremata¹⁸⁷:

vontades nos contratos, intervindo sempre que se fizer necessário ao estabelecimento do equilíbrio da relação jurídica, responsabilizando civil, administrativa e penalmente os fornecedores pelo descumprimento dos deveres estabelecidos pela lei, são alguns exemplos. A própria busca da tutela jurisdicional, através de medidas cautelares ou de provimentos antecipatórios, é uma forma de prevenção. Entretanto, tudo isso não é garantia de que abusos e, conseqüentemente, danos ocorrerão. Daí, a necessidade da efetividade na reparação dos mesmos.”

¹⁸⁷ Buscando um fundamento político e econômico para a previsão da inversão do ônus da prova Rogério Zuel Gomes (2011, p. 357) registra: “A perspectiva subjetiva parte da premissa de que é exclusivamente das partes o interesse na produção da prova, sendo que a perspectiva objetiva determina ao julgador o julgamento com base nas provas que foram produzidas nos autos. Na visão liberal, o juiz deve julgar com base nas provas que as partes produziram em juízo, não importando eventuais dificuldades de natureza fática, técnica ou socioeconômica, sob pena, nessa perspectiva, de afronta ao princípio que determina tratamento isonômico (igualdade formal) às partes. O poder de produção por iniciativa do juiz tem caráter meramente subsidiário, porque a perspectiva subjetiva é de índole privada. Da forma como consta do Código de Processo Civil, a produção da prova tem caráter de disponibilidade – no mais das vezes ocorre uma verdadeira sanção à parte -, o que dissocia o processo judicial da busca por uma decisão justa. A sociedade atual (pós-moderna), com relações jurídicas massificadas, não mais se coaduna com a perspectiva subjetiva da carga probatória, porquanto a mesma colide com os princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça. O tratamento isonômico real demanda revisão, como se verá adiante, de conceitos-chave na teoria geral do processo brasileiro, a partir da leitura da Constituição da República, impondo atuação efetiva do julgador também no que diz respeito à produção da prova, seja por sua iniciativa, seja por meio da revisão do encargo probatório que a atual realidade demanda.”

A diferenciação resulta, em clara homenagem aos princípios da *dignidade humana*, do *acesso à justiça* e da *isonomia*, em conceder a uma das partes, reconhecidamente aquela posta em situação de hipossuficiência ou que alegue os fatos de forma verossímil, condições de reequilíbrio, se não da relação jurídica de consumo, na relação jurídico-processual estabelecida no bojo da ação judicial, sem prejuízo de quaisquer outras medidas processuais que potencializem a *facilitação da defesa do consumidor em juízo*.

O parágrafo único o artigo 7º do Código prevê outra importante regra de repercussão na atuação processual. Mencionado dispositivo apregoa que (Brasil, 2011) “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Essa mesma responsabilidade solidária se estende a todos os fornecedores de produtos e serviços com vícios que os tornem impróprios ao consumo, conforme previsto nos artigos 18 a 20.

A abrangente regra contida no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é uma das mais referenciais disposições legais desse Estatuto¹⁸⁸. Sendo a matriz da *desconsideração da personalidade jurídica* no sistema normativo brasileiro, o art. 28 é tido como um dos mais importantes instrumentos de consecução da efetividade dos direitos do consumidor, promovendo, quando presentes os requisitos legais, o atingimento do patrimônio de entes naturais e jurídicos ocultados em prejuízo do sujeito vulnerável.

Não se poderia deixar de referenciar, também, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que contém a síntese da tutela judicial inibitória contra o fornecedor no âmbito das relações de fazer e de não fazer¹⁸⁹. MARINONI (2011, pp. 202 e 203), explicando esse dispositivo assinala:

¹⁸⁸ Segundo o dispositivo em referência (Brasil, 2011): “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Considerado como sede da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, a regra do art. 28 do Código tem como fundamento a concretização do direito básico à efetiva reparação dos danos. Atribui alto grau interventivo ao Estado, autorizando-o, nas situações legais previstas, a superação do princípio da autonomia da personalidade jurídica para fazer com que o patrimônio de uma pessoa que, a princípio nem ao menos integra o processo judicial seja resgatado para possibilitar a efetiva reparação do consumidor.

¹⁸⁹ De acordo com o art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Brasil, 2011): “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. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

A sua importância deriva do fato de que constitui ação de conhecimento que efetivamente pode inibir o ilícito. Dessa forma, distanciando-se, em primeiro lugar, da ação cautelar, a qual é caracterizada por sua ligação com uma ação principal, e, depois, da ação declaratória, a qual já foi pensada como “preventiva”, ainda que destituída de mecanismos de execução realmente capazes de impedir o ilícito.

(...) a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.

Sem dúvida alguma, todos esses dispositivos legais mencionados, e outros também não referenciados, são importantíssimos comandos que propiciam a facilitação da defesa do consumidor e garantem a promoção a um efetivo acesso à justiça.

O consumidor, presumidamente vulnerável, a partir desses mecanismos jurisdicionais específicos, tem instrumentos concretos à disposição para exigir que o Estado tutele seus interesses com efetividade. Rompendo com a tradição individualista do passado essas inovações jurisdicionais são, com certeza, concreções de propostas de efetivação à promoção social.

Como registra ARRUDA ALVIM (2011, pp. 73 e 74):

O processo civil de nossos dias encontra-se num estágio de modificação profunda, na mesma esteira do que precedentemente se tem verificado no mundo ocidental, consistente em colocar ao lado do que se pode designar como processo civil clássico (em sua estrutura) outros instrumentos, destinados a fazer frente às necessidades, que não datam de hoje, mas que são cada vez mais agudas, nestes dias contemporâneos, conduzindo a uma *espécie de convivência* entre o processo civil clássico (já, em si mesmo, intrinsecamente alterado, em decorrência do descarte da inspiração individualista *radical*) e esse novo aparato hodierno.

Rodolfo de Camargo Mancuso pondera sobre os efeitos desse novo tempo na doutrina do direito clássico moderno, destacando que a concepção tradicional de jurisdição tem sido reestudada para que também inclua esses novos

liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

interesses do mundo globalizado, com vistas à promoção de um efetivo acesso à justiça, especialmente quando se trata de interesses metaindividuais¹⁹⁰.

De acordo com MANCUSO (2011, p. 321 e 322):

O gradativo acesso à Justiça dos chamados interesses metaindividuais vem provocando sensíveis reflexos em pontos fundamentais do tripé em que se assenta o Direito Processual Civil: *ação, processo e jurisdição*.

A *ação judicial*, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), perde seu tradicional caráter individualístico (conflitos intersubjetivos, tipo Tício *versus* Caio), passando a operar como instrumento de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao Poder Judiciário.

(...) O *processo*, a seu turno, quando formado por uma relação jurídica cujo objeto é um bem de natureza coletiva (meio ambiente, consumidores, patrimônio público), também se modifica em relação à sua configuração habitual de uma relação jurídica de direito material – passando a ter por objeto valores que desbordam das órbitas individuais dos contraditores postados nos pólos ativo e passivo.

(...) A *jurisdição*, enfim, que em sua concepção tradicional ora se apresenta como Poder (o “Judiciário”) ora como Função (a “distribuição da justiça”), ora como Órgão (a “máquina judiciária”), ao ser instada a proferir sobre demandas de caráter coletivo, transmuda seu tradicional *modus operandi*, de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico, assim mais se aproximando da realidade tangível e se oferecendo, pois, como relevante instrumento para uma ordem jurídica “justa” e não apenas “jurídica”. (...)

E conclui, MANCUSO (2011, p. 323):

Em suma, hoje não há negar reconhecer que o trinômio responsável pela aplicação do Direito Objetivo *in concreto* – o processo, a ação e a jurisdição – somente se respalda de legitimidade na medida em que contribua, decisivamente, para a boa gestão do bem comum. No caso, o “produto final” que se espera de toda atividade judiciária há de ser uma resposta de boa qualidade, ou seja: *justa, jurídica, tempestiva e econômica*.

Essa nova dimensão da tutela jurisdicional das relações de consumo, regulada não apenas, mas principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, vem ao encontro das necessidades de uma sociedade de produção de

¹⁹⁰ Acerca da expressão “interesses metaindividuais” aqui é utilizada como sinônimo de “interesses transindividuais” ou “interesses coletivos em sentido amplo”, abarcando os interesses difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos. Segundo Nelson Nery Júnior (2011, p. 303): “É difuso o direito ou interesses que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses e direitos pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligados por uma mesma relação jurídica base. Assim, a indeterminação dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a determinabilidade acusaria de coletivo o direito ou interesse. Ambos seriam de natureza indivisível. Os direitos individuais homogêneos são aqueles cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, detentores de direito divisível. O que une esses titulares a ponto de propiciar a defesa coletiva desses *direitos individuais* é a *origem comum* do pedido que pretendem fazer em juízo. Em suma, a ação para a tutela desses interesses individuais homogêneos nada mais é do que a *class action* brasileira (arts. 91 e SS.)”

bens e serviços massificada, despersonalizada, desumanizada, maquinizada e, principalmente, em busca de acesso à Justiça e efetividade de direitos.

Cappelletti e Garth (1988, pp. 12 e 13) encerram esse pensamento com as seguintes palavras:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma-se ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.

O acesso à justiça, no âmbito das relações de consumo, dessa forma, também pode ser ofertado pela via arbitral. A jurisdição, como já suficientemente demonstrado, não é o único e exclusivo mecanismo de pacificação social e acesso à justiça. E o modelo que agora a jurisdição busca como saída para os desafios e encontros que a sociedade globalizada tem vivido é exatamente o que oferece a arbitragem, como mecanismo de solução de conflitos e pacificação social.

Daí porque há, ainda, uma grande lacuna, um valioso espaço a ser preenchido pela arbitragem no âmbito da pacificação social dos conflitos de relações de consumo, sem prejuízo da tutela jurisdicional já garantida.

A harmonização e conjugação da proposta de pacificação social pela via arbitral com esses mecanismos processuais instituídos pela legislação específica do consumidor e construídos pela variabilidade histórica e política que impôs um novo modelo e tutela, possibilitará aos consumidores, com efeito, a concretização dos valores contidos no arcabouço legislativo brasileiro.

3.5 ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O ACESSO À JUSTIÇA

Essas novas perspectivas teóricas e pragmáticas sobre a jurisdição, a arbitragem e as relações de consumo, têm sido objeto de análise, especificamente após a edição das duas normas referenciais: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96).

A princípio poderia parecer contraditório tratar de arbitragem nas relações de consumo, dentre outras razões por que: a) nem a Constituição Federal, nem o próprio Código de Defesa do Consumidor previram expressamente a defesa do consumidor pela via arbitral; b) a arbitragem é um modelo de solução de conflitos fundamentado na liberdade de atuação das partes, que elegem o julgador; e, como visto, o direito das relações de consumo se desenvolveu, justamente, como um consectário da crise desse paradigma de autonomia da vontade, da liberdade de estipulação, da igualdade formal; c) se o próprio Código de Defesa do Consumidor dispôs que a relação jurídica de consumo é de ordem pública e interesse social, exige-se que o conflito consumerista, por esse viés de natureza publicista, deveria ser solucionado pela jurisdição estatal. Enfim, a natureza privatista da arbitragem não se coadunaria com o intervencionismo estatal próprio e indispensável para uma efetiva tutela dos direitos do consumidor.

Então, a partir desses considerandos iniciais (que não resumem as únicas objeções contra a aplicação da arbitragem em sede de conflitos consumeristas), o cenário não seria dos melhores.

A impossibilidade de conjugação dos sistemas de arbitragem e relações de consumo foi defendida, por exemplo, por José Geraldo Brito Filomeno, em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor (RDC 21/38 – jan-mar/1997). Sustentou o autor (2011, pp. 1123 e 1124) que

[...] o juízo arbitral, na verdade, não é nenhuma novidade. Tanto assim que foi a primeira e mais primitiva forma para a solução de conflitos de interesses surgidos das relações humanas. Relações tais, entretanto, que afora sua singeleza, e conforme já assinalado em linha anterior, tinha a conotação de um *contrato*, e *entre partes iguais*. Tanto assim que as rígidas *legis actiones* eram apenas reservadas aos cidadãos romanos, e não a estranhos. Hoje, em face do decantado neoliberalismo, tudo é *privatizável* ou *descartável*. A saúde e educação foram literalmente sucateadas pelo

Estado, que descurou de sua manutenção eficaz e eficiente, abrindo enorme campo para a privatização de escolas e estabelecimentos de saúde particulares, cujo desempenho, pesquisas recentes estão a demonstrar, notadamente quanto às primeiras, é tão medíocre quanto às escolas públicas. Fala-se proximamente na privatização universal da previdência social, (...). Não será difícil privatizar-se num futuro muito longínquo o próprio ar que respiramos, já que a água de certa forma já o está, mediante concessões. (...) Ao invés de se criarem mecanismos mais eficazes para a realização da justiça pública, criam-se instrumentos e pretextos para sua privatização. Não que a arbitragem em si seja um mal. Pelo contrário, já que grandes interesses manifestamente privados e de grandes conglomerados econômicos, dotados de equilíbrio de poder podem dar-se ao luxo de entregarem suas divergências a árbitros igualmente privados, e certamente remunerados à altura de sua responsabilidade. A dúvida que desde logo se coloca (...) é se o consumidor pode entregar-se àquele mesmo mecanismo, em princípio incompatível com a sua própria e reconhecida fragilidade em face dos fornecedores de produtos e serviços em geral.

Não merece prevalecer, como obstáculo à utilização da arbitragem para a solução de conflitos consumeristas, o argumento de que nem a Constituição Federal nem o Código de Defesa do Consumidor previram expressamente o mecanismo arbitral para as lides de tal natureza. Em verdade, o Texto Maior, *data venia*, nem deveria tratar de tal assunto, porquanto esse não é o seu papel. Bastou determinar que é dever do Estado promover a defesa da consumidor na forma da lei, tal qual como redigido no art. 5º, XXXII. A defesa dos interesses consumeristas não se encerra no texto do Código. O parágrafo único do art. 7º prevê que (Brasil, 2011):

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Por outro lado, realmente o Código de Defesa do Consumidor não mencionou diretamente a possibilidade da defesa dos interesses do vulnerável pela via arbitral. Contudo, previu como princípio nacional das relações de consumo e, portanto, como fundamento do sistema, o *incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo* (art. 4º, V, CDC), abarcando, nesse passo, a possibilidade de aplicação da arbitragem para a solução de conflitos consumeristas.

Portanto, se o Código de Defesa do Consumidor não disse expressamente, deixou suficientemente evidenciado que não apenas a jurisdição

estatal, mas os mecanismos alternativos de pacificação social (gênero do qual a arbitragem é uma espécie) devem ser criados para a composição das lides dessa natureza.

Efetivamente, o que se tem propalado pela melhor doutrina é a possível adequação dos microssistemas arbitral e consumerista, observadas as particularidades e especificidades de cada um, constantes de suas matrizes legislativas e nos postulados axiológicos que as informam. E o ponto nevrálgico a ser analisado é o argumento de que a característica da intangibilidade das regras de proteção ao consumidor (que são de ordem pública conforme disposto no art. 1º, do CDC) seria antagônica à disponibilidade dos interesses necessária para submissão dos conflitos à arbitragem, conforme exigido pelo art. 1º, da Lei da 9.307/96.

Adriano Perácio de Paula (2011, p. 905), comentando essa questão, ressalta:

[...] o juízo arbitral estabelecido para dar solução à questão envolvendo relação de consumo mercê um tratamento particular ao método de seu procedimento, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 6º os direitos básicos de qualquer consumidor, e que não podem sofrer qualquer forma de restrição, visto que o Código do Consumidor (art. 1º) é norma de ordem pública e de interesse social. Por conta disso, deverão ser tratadas como *normas cogendi* ou *ius cogens*, descritas como aquelas que impõem um comando independente da vontade das partes, de sorte que não são passíveis de derrogação pelas partes, seja de modo absoluto ou relativo, e notadamente no que tange à finalidade ali prescrita.

Por conseguinte, qualquer daquelas regras ali enumeradas e todas as demais regras do Código de Defesa do Consumidor são consideradas indisponíveis, e deverão ser tomadas em conta no juízo arbitral estabelecido para dirimir controvérsia relativa a relação de consumo.

Com efeito, importa considerar que a natureza cogente e indisponível das regras instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, de *per si*, não importa no afastamento automático do juízo arbitral, que somente pode ser aplicado quando o conflito envolver interesses disponíveis.

Evandro Zuliani (2011, p. 1023) sintetiza as principais características da lei de arbitragem:

[...] âmbito de aplicação restrito aos direitos patrimoniais disponíveis; pode ser de direito ou de equidade, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública; podendo basear-se nos princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio; forma escrita em documento apartado ou inserta no próprio contrato; voluntária; com número ímpar de árbitros em quantidade definida pelas partes; incabível a interposição de

recurso ou homologação pelo Poder Judiciário; prazo para decisão de seis meses, salvo se outro prazo for fixado pelas partes; comporta condenação por litigância de má-fé; a sentença só admite correção de erro material ou esclarecimento de obscuridade, dúvida ou contradição; a sentença é título executivo, e a parte só pode requerer a nulidade da sentença arbitral no prazo de noventa dias; o árbitro não precisa ser advogado ou bacharel em direito.

Poder-se-ia sustentar uma aparente incongruência entre os princípios norteadores dos dois sistemas (arbitral e consumerista). O primeiro fulcrado na liberdade das partes, próprio da igualdade contratual, e na disponibilidade dos interesses; o segundo, originário da crise paradigmática desse mesmo modelo de relação jurídica.

Obviamente, a disponibilidade a que se refere o Código de Defesa do Consumidor significa a disposição que regula o interesse, não o próprio interesse em lide¹⁹¹. São as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que têm como principal característica a cogência e a indisponibilidade. Os interesses dos consumidores são, em regra, disponíveis e de índole econômica¹⁹², adequados, portanto, ao juízo arbitral.

A propósito, se considerarmos as relações de consumo, como registra Zuliani (2011, p. 1029), “de maneira bastante generalizada, pode-se dizer que a imensa maioria de lides de consumo são de ordem econômica, e estão na esfera de disponibilidade do consumidor”.

¹⁹¹ Tratando da questão Evandro Zuliani (2011, p. 1028), respondeu assim: “Será que diante de um conflito envolvendo consumidor e fornecedor, a instituição da arbitragem acabaria por esbarrar no princípio da vulnerabilidade? Haveria redução da proteção legal dada ao consumidor? Pois bem, antes de mais nada, é importante que não parem dúvidas sobre a inexistência de conflito entre o caráter público do Código de Defesa do Consumidor, e o requisito da disponibilidade do direito a ser submetido ao árbitro conforme se infere do art. 1º, da Lei 9.307/96. A disponibilidade refere-se ao direito sobre o qual as partes podem dispor, abrir mão, transacionar, e nada tem a ver com a cogência da norma.

¹⁹² A propósito, Eduardo Cambi faz uma didática distinção entre direitos fundamentais e patrimoniais. Segundo o referido autor (2010, pp. 48 a 50): No contexto da afirmação dos direitos essenciais aos seres humanos, é importante distinguir os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais. (...) Uma primeira diferença é de que aqueles (como o direito à vida, os direitos civis, incluindo o direito de adquirir e dispor de bens, os direitos políticos e sociais) são *universais*, sendo capazes de satisfazer a dignidade humana e realizar a igualdade, enquanto os direitos patrimoniais são *singulares*, no sentido de que há um titular determinado (ou mais de um titular), instaurando-se relações de domínio e de exclusão entre sujeitos postos e condições jurídicas desiguais. Aqueles são *inclusivos* (v.g., direito à educação ou à saúde), enquanto estes são *exclusivos* (v.g., direito à propriedade de um imóvel ou de um veículo). (...) Os direitos fundamentais são universais, uma vez que atingem *todos os seres humanos*, abrangendo *todos* aqueles dotados de *status* de pessoa (...). Uma segunda diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais é que aqueles são *indisponíveis*, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos, ao passo que estes últimos são, pela sua própria natureza, *disponíveis* (como a propriedade privada de direitos de crédito), negociáveis e alienáveis (...). Aliás, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem a todos os indivíduos pelo mero fato de terem nascido, isto é, não podem ser restringidos a membros de uma classe ou de um país, justamente por serem absolutos, universais, invioláveis e imprescritíveis, Situação diversa da dos direitos patrimoniais, que são disponíveis, na esfera do mercado, ou mesmo pelo poder público (...).

Antonio Junqueira de Azevedo chama essa aparente antinomia entre os fundamentos históricos, sociais e políticos da arbitragem e da relação de consumo de “conflito de filosofia”. Segundo Azevedo (2011, pp. 926 e 927):

[...] há, sobre arbitragem, um conflito de “filosofia” entre duas leis vigentes: a do Código de Defesa do Consumidor, que é lei protetiva, própria do Estado atuante e cujo art. 51, VII, prevê como abusivas as cláusulas que “determinam a utilização compulsória da arbitragem”, e a da Lei de Arbitragem, própria do Estado reduzido, cujo art. 3º faculta às partes interessadas dispensar o Judiciário e submeter seus litígios a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Uma lei proíbe o que a outra favorece. Apressemos-nos, porém, em afirmar que o conflito de “filosofia” entre duas leis não significa fatalmente conflito de regras, mesmo porque o ordenamento, como é sabido, tem disposições para eliminar esses conflitos (art. 2º, LICC). Entretanto, a indicação do conflito dos princípios inspiradores de uma e outra lei importa por duas razões: primeiro, porque demonstra *ab initio* a ilusão de se procurar uma harmonia intrínseca no ordenamento jurídico, como se algum legislador mítico, isento de contradições, fosse o autor de todas as leis; e, em segundo lugar, porque, sendo leis que obedecem a orientações diferentes, estamos diante de *unidades normativas*, cuja *coerência interna* deve ser respeitada, mas que põem ao intérprete a necessidade de realizar sua *compatibilização externa*. Em termo de hermenêutica: é ilusória a chamada interpretação sistemática global – um critério a abandonar (...), mas há que se respeitar a interpretação sistemática lógica, de cada unidade normativa e compatibilizá-las, entre si, *conforme a Constituição*.

E conclui Azevedo (2011, p. 928), considerando a coexistência harmônica dessas unidades normativas, sem supressão dos princípios que lhes outorgam identidade:

A coexistência do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor e a deste com a Lei de Arbitragem impõem, afinal, a seguinte observação: assim como o princípio básico, no Código Civil, do direito contratual, o da autonomia da vontade – com seus desdobramentos de liberdade contratual, *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos contratuais -, não foi eliminado pelo Código de Defesa do Consumidor, e sim acrescentado de outros dois: o princípio do *equilíbrio contratual*, isto é, equilíbrio dos direitos e obrigações, controlado pela regra da boa-fé objetiva, e o princípio do *equilíbrio econômico* das partes, implicando proteção ao consumidor (v. art. 4º do CDC), também, da mesma forma, essa proteção ao consumidor, no Código de Defesa do Consumidor, não foi eliminada pela Lei de Arbitragem. Houve inovação, com aumento de complexidade, sem supressão.

No entanto, e obviamente, qualquer movimento do árbitro ou das partes tendente a afastar ou suprimir princípios fundamentais ou direitos básicos (v.g. a proteção à vida, saúde ou segurança do consumidor), ou contrariar quaisquer disposições protetivas do CDC, poderão ser considerados ilícitos, como objeções à

natureza cogente das regras consumeristas. A própria Lei de Arbitragem possui esses mecanismos de segurança, conforme já estudado no capítulo anterior.

Não se considera, por exemplo, a possibilidade de se transacionar sobre a proteção da segurança do consumidor, do seu direito à informação, do direito à revisão contratual, por exemplo. Todas essas prerrogativas, dentre outras, estão previstas como direitos básicos e constituem núcleo duro e intangível da tutela protetiva das relações de consumo. Conforme entende ZULIANI (2011, p. 1029):

Desse modo, em uma análise igualmente sucinta, diríamos que estes direitos acima relacionados não poderiam ser objeto de discussão perante o árbitro, pois além de não serem patrimoniais, ao titular não é dado transacionar (v.g. vida).

Porém, nada impede que a decorrência patrimonial do conflito seja submetida ao “juiz privado”. Ou seja, não se concebe que um consumidor transacione a respeito de sua segurança, entretanto, sobrevindo um acidente de consumo decorrente do *fato do produto*, o *quantum* da indenização pode ser submetido a um árbitro.

O mesmo se pode dizer dos crimes contra as relações de consumo, que são todos delitos de ação pública incondicionada, titularizados pelo Estado através do Ministério Público. Na condição de titular do direito de ação, o Estado representado pelo *parquet* submete-se ao princípio da indisponibilidade, já o ofendido não pode dispor de direito de que não é titular. Não obstante a isso, aplica-se o mesmo raciocínio anteriormente. Ou seja, ocorrendo um delito contra as relações de consumo, sobre o *quantum deabatur* de eventual ofensa ao patrimônio do consumidor, a reparação do dano poderá ser negociada, seja perante o árbitro, seja perante a justiça estatal em eventual ação civil *ex delicto*.

Identificar se o interesse é ou não disponível para submetê-lo ao julgamento arbitral, nesse passo, é essencial. Evidentemente, uma proposição formular genérica é despropositada. Não há como se apontar, no Código de Defesa do Consumidor, um a um, quais interesses poderiam ser submetidos a procedimentos arbitrais e quais não. O árbitro, casuisticamente deverá desenvolver essa avaliação, considerando as circunstâncias, contingências e peculiaridades de cada conflito, para que possa, aceitando ou não o ônus do julgamento, submeter o conflito de interesses consumeristas à arbitragem.

A propósito a hermenêutica tópico-sistêmica¹⁹³ é indispensável ferramenta para o atingimento desse fim.

¹⁹³ Lilian Barros de Oliveira Almeida (2010) ensina que: “O termo *tópica* tem a sua matriz na expressão grega *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de lugar-comum. Theodor Viehweg se propôs, em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, a empreender uma retomada, no campo do direito, do pensamento tópico, próprio da Antiguidade greco-romana, a fim de elaborar um tipo de análise da matéria jurídica que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica. (...) A tópica é uma técnica voltada à resolução de problemas.”

Rodolfo Luiz Vigo, em *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*, sobre essa nova postura hermenêutica, registra o descrédito que o posicionamento exageradamente dogmático e formal sofreu no último século e, por outra via, a retomada de um posicionamento hermenêutico tópico-sistêmico, como canal de concreção e eficácia dos direitos materialmente previstos. Nesse sentido, Vigo (2005, p. 52) propõe:

Essa visão sistêmica (dogmática) do direito sofreu um duro ataque na década de 1950 por iniciativa de Vieweg, que, em seu pequeno mas sugestivo livro *Tópica e jurisprudência*, irá contrapor – na esteira de Hartmann – dois modos de pensar o direito: o modo sistemático e o modo aporético ou problemático. No primeiro, privilegia-se o sistema, a partir do qual se analisa o problema ou uma injustiça, e tanto é assim que sua leitura mostra-se condicionada e até determinada pelas categorias do sistema; pelo contrário, na perspectiva tópica privilegia-se o caso e sua solução e, por isso, sua leitura é mais realista e a solução mais adequada e eficaz. Não somente a hermenêutica colocou esta preocupação central pelo caso em detrimento das exigências sistemáticas, mas também a dialética de Villey, a prudência de Kalinowski, o método hercúleo de Dworkin, e outros tantos autores também se inscrevem numa similar orientação favorável ao problema e sua resolução.

Guardadas as peculiaridades de cada um dos microssistemas (arbitral e consumerista), e desde que respeitadas os limites impostos por cada unidade normativa, essa nova perspectiva de conjugação é, sem dúvida, a via hermenêutica mais propositiva para a promoção da conjugação da arbitragem nas relações de consumo como instrumento de acesso à justiça.

Uma das alternativas para a defesa contra antinomias legais aparentes desses sistemas seria a utilização de um processo hermenêutico adequado, considerando, principalmente, o aspecto pragmático da interpretação, já que o objetivo de qualquer interpretação é deslindar as situações concretas postas.

De acordo com os ensinamentos de Lilian Barros de Oliveira Almeida (2010), em artigo intitulado *O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito*:

O raciocínio tópico situa-se no contexto das situações para as quais não há uma solução ou orientação decisória previamente estabelecida. Cabe, assim, àquele a quem se submete o problema oferecer uma alternativa plausível, que possa inclusive vir a servir de base para a solução de problemas semelhantes no futuro. (...) A tópica constrói as premissas a partir da análise dos problemas e tais premissas são tabuladas e organizadas logicamente. Assim, os sistemas encontram nos próprios problemas uma importante fonte de geração de suas premissas. Entretanto, o raciocínio tópico é, até certo ponto, incômodo para o homem moderno,

uma vez que este é condicionado pelos sistemas dedutivos, que têm sua referência básica em axiomas indiscutíveis(...) O raciocínio tópico manifesta-se não somente na interpretação, mas também no processo de aplicação do direito. Nele, a perspectiva estritamente sistêmica encontra vários obstáculos, sobretudo naquelas situações em que o acervo conceitual disponível é insuficiente para oferecer uma solução para o caso concreto. Logo, em tais circunstâncias, o aplicador do direito recorre com frequência a expedientes genuinamente de natureza tópica.

A perspectiva hermenêutica tópica afasta-se da concepção dogmático-normativista pura, a aproxima-se da necessidade de buscar uma solução adequada à realidade prática dos envolvidos no conflito, o que se faz mediante um saber prudencial retórico, argumentativo. Viehweg (2008), na obra *Tópica e jurisprudência*, retomando Aristóteles, explica a tópica, entendendo-a como um método voltado para a solução de problemas sem soluções lógico-dedutivas apresentadas pelo ordenamento jurídico:

O aspecto mais importante na análise tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema. Aristóteles tem ressaltado essa questão diversas vezes. De fato, 'as conclusões giram em torno de problemas' (Aristóteles, Top. I, 4, 2,2). O termo 'aporia' serve, propriamente, para designar a questão que se coloca e a qual não se esclarece, 'a falta de um caminho', a situação problemática que não pode ser apresentada em parte e que Boécio traduziu, ainda que não precisamente, com a palavra 'dubitatio'. A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação (...). Essa constitui-se, portanto, a técnica do pensar problematicamente.

A decisão, portanto, quanto a submeter ou não o conflito consumerista ao tribunal arbitral, como premissa, dependerá da verificação da presença ou ausência de interesse indisponível no caso concreto. Esse, portanto, é o primeiro e definitivo passo para conjugação dos microssistemas arbitral e de consumo. Para tanto, a hermenêutica tópico-sistêmica é capaz de validar tal conclusão, em observância dos princípios regentes dessas unidades normativas.

Quando se analisa o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verifica-se que, em diversas oportunidades, o intérprete fica bastante a vontade para desenvolver análises tópicas de disposições normativas, justamente porque o Estatuto, caracteristicamente, possui cláusulas gerais, de conceitos abertos e indeterminados. A começar pelo próprio conceito de consumidor, estampado no 2º do Estatuto Consumerista, com a seguinte redação: *consumidor é toda pessoa,*

*física ou jurídica, que adquire ou utiliza, produto ou serviço como destinatário final*¹⁹⁴. Ora, tem-se entendido que a expressão “destinatário final” significa o sujeito que adquire o produto ou serviço para fins pessoais, não profissionais. Contudo, o significado da expressão “destinatário final”, indispensável para se aplicar o referencial normativo consumerista, o CDC, dependerá da associação de elementos lingüísticos normativos com a situação concreta *sub examine*.

A abrangência do conteúdo da expressão “destinatário final” não é definida pela norma, mas pelo fato. Não pode ser prévia e abstratamente formulada; só é possível se definida a partir de um dado momento, de uma circunstância, de uma situação concretamente apresentada¹⁹⁵.

Qualquer seja a linha adotada é impossível se definir a condição de “destinatário final” sem apreciação da situação fática proposta, do problema em si mesmo considerado.

Essa é uma característica que permeia as principais disposições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São proposições normativas abertas, pragmáticas, que dependem de avaliações interdisciplinares durante o processo de construção dos seus significados¹⁹⁶. A aplicação desses dispositivos legais exige do intérprete a contextualização específica, sendo impossível uma delimitação prévia de sua abrangência.

Assim é inquestionável que esses limites conceituais devem ser analisados de forma mais abrangente e concreta possível, transcendidos os limites da interpretação gramatical, para que possam ser atendidos, realizados os objetivos desse diploma legal, principalmente, a promoção do acesso dos consumidores à justiça.

Quando se diz, portanto, que a arbitragem deve limitar-se ao julgamento de interesses patrimoniais disponíveis, conforme imposição do art. 1º da

¹⁹⁴ A doutrina diverge sobre como interpretar a expressão *destinatário final*. Para os maximalistas todo aquele que retira produto ou serviço da cadeia originária de produção é considerado final, daí porque afirmam que destinatário final é o destinatário fático. Já os finalistas exigem que o sujeito, além de retirar o produto da cadeia originária de produção, ainda o utilize em caráter pessoal, não profissional, associando a expressão ao aspecto econômico.

¹⁹⁵ No entanto, a radicalização dessa concepção levaria à inaplicabilidade do CDC, porquanto cada vez mais é possível a aquisição de produtos e serviços bivalentes. Um notebook, por exemplo, pode ser adquirido para servir, ao mesmo tempo, para o desenvolvimento de atividades profissionais e em caráter pessoal. Enquanto insumo de produção, contudo, não estaria acobertado pela tutela consumerista.

¹⁹⁶ Afora o já referido artigo 2º, do Código Consumerista, vários incisos do art. 4º e 6º, além dos artigos 12, 14, 18, 28, 31, 37, 39, 51, contêm textos que, com formulações lingüísticas equívocas, que condicionam o intérprete, no momento da construção do sentido para a aplicação do direito, referenciam-se no problema do fato concreto, para dizer da aplicabilidade ou não do CDC, afastando-se da univocidade sacramentada a partir de um padrão prévio e dedutivamente estabelecido.

Lei 9.307/96, não se está, obviamente de um modo geral, instituindo uma barreira para solução do conflito consumerista pela via alternativa. Afora as restrições específicas da indisponibilidade de interesses, a arbitragem se constitui em um eficiente mecanismo de pacificação também das relações de consumo. A proposta, assim, não é excludente, mas inclusiva, pela harmonização desses sistemas (judiciário e arbitral) observadas as suas especificidades.

Nesse sentido registram CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 91):

As cortes regulares, é preciso reiterar, têm um papel permanente – na realidade, crescentemente importante – na efetivação e desenvolvimento dos direitos, tanto novos quanto velhos, especialmente naqueles que têm sido chamados de “litígios de direito público”. Os consumidores, os ambientalistas e o público são detentores de interesses difusos, e a proteção desses interesses tem-se tornado tarefa aparentemente indispensável nas modernas cortes, através de mecanismos tais como a maior abertura com relação à legitimidade ativa, os “ombudsmen” do consumidor, os advogados do interesse público, e as “class actions”. É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da *coletividade*, freqüentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns *ao nível individual*. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis.

E arrematam CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 92):

Os novos direitos substantivos das pessoas comuns têm sido particularmente difíceis de fazer valer ao nível individual. As barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos com causas relativamente pequenas, contra litigantes organizacionais – especialmente corporações ou governos – têm prejudicado o respeito a esses novos direitos. Tais indivíduos, com tais demandas, freqüentemente não têm conhecimento de seus direitos, não procuram auxílio ou aconselhamento jurídico e não propõem ações. Nem o movimento considerável e contínuo em defesa dos interesses difusos, nem as técnicas gerais de diversificação podem atacar as barreiras à efetividade desses importantes novos direitos, ao nível individual. A grande tarefa reformadora do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes.

A conjugação desses dois regimes jurídicos – a tutela arbitral e a tutela das relações de consumo – atenderá às finalidades diretas do modelo de

Estado Democrático de Direito brasileiro, às funções propugnadas pelos princípios norteadores desses sistemas, e, principalmente, aos anseios da sociedade por novas propostas de viabilização de acesso à justiça.

Nos Estados Unidos, a American Arbitration Association (AAA), a maior e mais antiga entidade associativa voltada para a solução alternativa de conflitos, tem desenvolvido um importante papel de pacificação social e promoção de acesso à justiça em harmonia com a atividade jurisdicional estatal, em diversas áreas, inclusive e especialmente envolvendo relações de consumo. De acordo com as anotações de CRETELLA NETTO (2009, p. 162):

A maioria dos 218.000 casos levados à AAA em 2001 foram resolvidos por mediação e arbitragem, mas outros métodos menos formais de solução de litígios (...) têm sido cada vez mais empregados. (...)

Os litígios envolvem questões referentes a relações de trabalho, direito do consumidor, tecnologia, prestação de serviços, falência, serviços financeiros, contabilidade, comércio internacional e ações coletivas (*mass claims*), sendo que a maior parte das arbitragens referentes a contratos, ultimamente, referem-se aos de consumo, de trabalho, serviços de saúde e contratos internacionais em geral. Todos os anos, cerca de 700 empresas e 6 milhões de empregados, no mundo todo, submetem seus litígios envolvendo relações de e no trabalho (*workplace conflicts*) à AAA. Os especialistas indicados pela AAA para resolver esses casos provêm de todos os Estados americanos nos EUA, possuindo, além de tudo, grande experiência em Direito e relações trabalhistas.

A manifesta incapacidade do Estado de absorção de todas as demandas sociais, e muito especialmente daquelas originárias das relações jurídicas massificadas, exige um novo olhar, a revisão de conceitos e a proposição de soluções.

A arbitragem dos conflitos das relações de consumo é uma proposição que atende a essa necessidade. A conjugação desse importante mecanismo de solução de conflitos, com os já consagrados instrumentos processuais de proteção aos direitos do consumidor, certamente, possibilitará a realização dos ideais tão arduamente defendidos pelos teóricos da atualidade quando se trata da promoção do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

O Direito, como um produto cultural, acompanha o desenvolvimento da sociedade. Ao longo do século XX, o surgimento das sociedades de massas nas megalópoles, a padronização dos comportamentos, a virtualização das relações humanas com o advento da internet, o agigantamento das desigualdades econômicas e sociais decorrentes da consolidação do capitalismo, dentre outros fatores, fez com que os Estados adaptassem, aos poucos, os seus ordenamentos jurídicos para o atendimento de novas necessidades individuais e coletivas.

Essa realidade também exigiu da ciência do direito a busca de novas soluções, com a revisão de teorias clássicas, construídas sob as premissas da modernidade e do positivismo.

Esse estudo revela como a sociedade foi adaptando seus mecanismos de soluções de conflitos às variabilidades políticas, econômicas e sociais, desde a primitividade até a era da globalização, passando pela antiguidade, medievalidade e modernidade.

Demonstra, também, que hodiernamente vive-se um tempo de novas possibilidades, com a necessária superação de alguns paradigmas, como o monopólio estatal da pacificação dos conflitos.

A análise da construção histórica e política da jurisdição e da arbitragem, como os principais mecanismos de pacificação social, sob a perspectiva da decidibilidade, e assim sendo, como instrumentos de promoção do acesso à justiça, permite demonstrar claramente o dinamismo com que o Direito precisa se modificar para que atinja a finalidade de bem organizar o corpo social. Trata-se de uma justificativa plausível para que outras novas incursões sejam feitas para a consecução de seu próprio fim.

Quando o costume e a tradição tornaram-se insuficientes para a composição dos conflitos na era primitiva, diante de cidades que cresciam vertiginosamente na Europa e no Oriente Médio, os povos antigos se valeram da tecnologia da escrita e da filosofia para criar diferentes sistemas de pacificação. Surgiram os tribunais na Grécia, a magistratura em Roma, o processo em fases e uma ciência do direito, a jurisprudência.

A fragmentação do império romano e diversificação das unidades territoriais européias, com o conseqüente desaparecimento de uma unidade de

poder, possibilitaram a consolidação do modelo eclesiástico de solução de conflitos que forjou um novo sistema jurisdicional, baseado não mais no poder propriamente político, mas, sobretudo, em uma ideologia medieval.

Tempos depois, esse mesmo sistema cedeu lugar para um Estado forte, primeiramente lastreado na vontade de reis e, finalmente, na vontade da lei. O Estado nacional nasceu absolutista, soberano, centralizador, e se transformou, após séculos, no Estado organizado pela ordem jurídica, fruto de um pacto constituído pela própria sociedade, tendo como estandarte a vida, a liberdade e a propriedade.

A modernidade elegeu o Estado de Direito como o paradigma da ordem social justa, instituindo um poder e diversas funções em Textos Constitucionais. Dentre elas, a de dizer o direito com autoridade. A jurisdição assumiu a feição de poder e de função exclusivamente estatal, e fincou as suas raízes institucionais no sólido terreno das Constituições, com o monopólio da pacificação social.

O advento do Estado social, já nas primeiras luzes do século XX, passou a exigir desse mesmo ente forças redobradas para promover efetivo acesso à justiça. O Poder Judiciário passou a ser a tábua da salvação de indivíduos considerados vulneráveis em determinadas espécies de relações jurídicas. Ao Estado foi imposta a responsabilidade pela restauração de direitos violados, pela promoção do reequilíbrio de forças nas relações desiguais, pela tutela da dignidade da pessoa humana, pela garantia da ordem pública e do bem comum.

Mas, as dificuldades que o Poder Judiciário passou a enfrentar para responder a essa demanda de conflitos desencadeou uma inquietação por novos canais de acesso à justiça. Em que pese os esforços dos organismos estatais, as estruturas dos órgãos jurisdicionais não suportaram o abrupto crescimento de conflitos sociais, fruto do processo de transformação política, econômica, social e cultural que a humanidade tem vivenciado nessas últimas décadas.

Novas ou outras formas de garantir ao indivíduo a concretização dos direitos constitucionalmente declarados têm sido imaginadas, transformadas, reinventadas, modificando-se as noções mais elementares e os institutos mais tradicionais do direito.

Como já se disse, *dizer o direito* é relevante e significativo quando o que se diz é compreendido e respeitado pelo interessado, o jurisdicionado, garantindo-se a concretização de valores abstratamente previstos em textos

constitucionais e códigos, principalmente na seara do Estado Democrático de Direito. A ordem jurídica justa não é uma *ordem abstrata*, mas uma realidade, e deve ser compreendida como uma garantia para o jurisdicionado.

Nesse momento de crise da jurisdição no mundo globalizado, os olhos se voltam para os mecanismos alternativos de soluções de conflitos, em especial a arbitragem. Diz-se *mecanismo alternativo* desde a modernidade, quando o Estado chamou para si a responsabilidade de compor os conflitos sociais com exclusividade e monopólio. A arbitragem, com efeito, e conforme restou demonstrado, sempre foi um importante instrumento de composição, de ajuste, de promoção de acesso à justiça, nos mais diferentes modelos de sociedades ao longo da história, em que pese sua índole eminentemente econômica.

A construção histórica e política da arbitragem revela que esse mecanismo sempre teve um importante papel na senda da pacificação social, em toda a história da humanidade. A determinante contribuição dos árbitros no processo formular, da República Romana, na antiguidade, permitiu a estabilidade política daquela sociedade e ofereceu condições para o desenvolvimento econômico do maior império da história da humanidade; a organização de sistemas arbitrais de soluções de conflitos mercantis nas cidades do Mediterrâneo, principalmente entre os séculos XIV, XV e XVI, possibilitou a pacificação social na Europa renascentista, o surgimento da burguesia e o desencadeamento do sistema econômico capitalista; e, por último, verifica-se mais uma vez a arbitragem como o único mecanismo capaz de solucionar conflitos na ordem econômica internacional atual, ante a incessante rede de mercados que se formaram a partir do desenvolvimento científico e tecnológico no século XX, no âmbito de um processo chamado de globalização.

Constata-se, pelos referenciais históricos apresentados, que tanto a jurisdição quanto a arbitragem, sendo os principais mecanismos de pacificação social, amoldam-se às diferentes formatações políticas e econômicas das sociedades, estabilizando relações jurídicas, compondo conflitos, decidindo controvérsias, *dizendo o direito*.

Em se tratando de relações de consumo, é possível verificar com maior nitidez esse fenômeno, por diversas razões. A uma, porque a relação de consumo é uma espécie de relação de jurídica que nasceu no seio dessas últimas transformações sociais, tendo um estreito vínculo com o processo de globalização. A duas, porque a relação de consumo promoveu a formação de uma nova ordem

jurídica, o direito das relações de consumo, como decorrência de uma preocupação de todos os povos com a proteção do consumidor e sua fragilidade ante o poder econômico dos fornecedores nos mercados internacionais. A três, porque a relação de consumo exigiu um novo modelo de tutela e, por conseguinte, uma revisão de noções elementares da ciência do direito, como forma de garantir efetividade do processo.

Assim, tomando-se como referência o direito das relações de consumo, é mais perceptível verificar a crise porque passa o exercício da jurisdição, percebendo-se um movimento intenso de procura de novos mecanismos para a promoção de acesso à justiça.

O desenvolvimento da teoria dos direitos transindividuais, a criação de códigos de proteção e defesa dos consumidores, a formação de juizados especiais mais informais e menos burocráticos, em todo o mundo, são provas desse movimento e estão sendo registradas pela doutrina que se debruça sobre esse fenômeno, procurando meios de promoção de acesso à justiça.

No Brasil, o processo de democratização, a estabilização política e jurídica; a formação de um Estado Democrático de Direito estruturado constitucionalmente; o crescimento econômico nas últimas décadas; dentre outros fatores, possibilitaram o aumento do consumo e, obviamente, o aumento dos conflitos no âmbito das relações consumeristas.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1.988 garante que o Estado promoverá a defesa do consumidor, instituindo um conjunto de princípios fundamentais e direitos básicos, o Poder Judiciário não consegue absorver, processar e julgar, com eficiência e qualidade, a demanda de conflitos consumeristas que se multiplicam nas cortes em todo o país. A inexistência de estrutura jurisdicional suficiente gera uma crise de confiança no próprio sistema de solução de conflitos, já que, de fato, não se verifica o efetivo acesso à justiça prometido pelo conjunto principiológico legislativo.

Ora, acesso à justiça não significa, necessariamente, acesso ao Judiciário. Nem se deve presumir que o consumidor não tem disponibilidade sobre os seus próprios interesses na relação que trava com o fornecedor. O Estado não deve ser chamado a participar de toda e qualquer disputa envolvendo direitos do consumidor. Não é essa a finalidade tutelar prevista no Texto Constitucional. A eficiente tutela do consumidor está garantida pelo ordenamento jurídico, a iniciar

pela própria Constituição Federal, seguida do Código de Defesa do Consumidor, um dos mais avançados do mundo, em todo o seu arcabouço principiológico e normativo. A proteção dos interesses individuais dos consumidores, desde que patrimoniais e disponíveis, por outro lado, pode se dar tanto pela via jurisdicional quanto pela via arbitral, nos estritos termos das normas jurídicas que regem esses sistemas de solução de conflitos.

É imperioso considerar que o fato do direito das relações de consumo ter surgido como decorrência da necessidade de intervenção do Estado para salvaguarda dos direitos do consumidor, não impõe, necessariamente, a participação do Poder Judiciário em todo e qualquer conflito envolvendo interesses consumeristas, como garantia de uma decisão justa. As premissas de atendimento da ordem pública e do interesse social são também observadas quando o árbitro promulga a sua decisão, pacificando o conflito, bem aplicando a lei de consumo ao caso concreto.

Concluindo, a construção histórica e política da jurisdição e da arbitragem demonstram que as adaptações desses sistemas sempre acompanharam as necessidades da sociedade, e que a harmonização desses mecanismos de solução de conflitos, agora, frente a esse cenário de um mundo globalizado, e em constante transformação, é perfeitamente possível também nas relações de consumo. E mais: trata-se de uma conjugação necessária. Acesso à justiça é o acesso à ordem jurídica justa e à decisão justa, o que é perfeitamente possível tanto pela jurisdição quanto pela via arbitral no âmbito das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: sociedade e poder*. In: WEFFORT, Francisco C. (organizador). *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista*. 1º volume. 13ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ALMEIDA, João Bastista. *Manual de direito do consumidor*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito. *Revista Eletrônica do Instituto Brasiliense de Direito Público*. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/36/13>>. Acessado em: 25 maio 2010.

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ALTAVILA, Jayme. *Origem do direito dos povos*. 5ª edição. São Paulo: Editora Ícone, 1989.

AMARAL, Luiz. Código, política e sistema nacional de defesa do consumidor. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho. Brasília: Editora Atlas, 2006.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. *História da cultura jurídica: o direito em Roma*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2009.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico; SPAOLONZI, Ana Elisa. *História da cultura jurídica: o direito na Grécia*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2010.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BAPTISTA, Ovídio, e GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Ação e Condições de Ação. *Revista de processo* n. 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1997.

_____. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BIBLIA. Português. *Bíblia Shedd*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Vida Nova; Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

_____. *Liberalismo e democracia*. 6ª edição. Brasília: Editora Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 1. 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª edição, revista e atualizada. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em: 23 ago 2011.

BRASIL. Lei nº 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acessado em: 15 maio 2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96*. Leme: Led Editora de Direito, 2000.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: *Revista Âmbito Jurídico*. Rio Grande, 2006. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432>.

Acessado em 13/01/2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume I. 17ª edição.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Tradução pela equipe de tradutores do Instituto de Letras da PUC-Campinas. 6ª edição. Campinas: Papyrus, 2000.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coordenador). *Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e do Brasil*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ª edição reformulada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São

Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. 2ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2009.

DECCA, E. S.. *O Nascimento das fábricas*. 2º edição. São Paulo: Brasiliense, 1984.

DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>>. Acessado em 13 ago 2011.

_____. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7915-a-arbitragem-no-brasil-evolucao-historica-e-conceitual>>. Acessado em 13 ago 2011.

DELLA TORRE, M. B. L.. *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*. 2ª edição revista. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Nova era do processo civil*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUTRA, José Volpato. Da função da sociedade civil em Hegel e Habermas. *Utopía e praxis latinoamericana*. Octubre-diciembre, vol. 11, número 035. Universidad Del Zulia. Maracaibo, Venezuela: 2006. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/279/27903504.pdf>> . Acessado em 25 mar 2011.

FARIAS, Flávio Bezerra. *A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas*. São Paulo: Cortez, 2001.

FEIJÓ, Ricardo. *Desenvolvimento econômico: modelos, evidências, opções políticas e o caso brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía* no. 9, octubre 1998. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf>. Acessado em 5 maio 2011.

FICHTNER, José Antonio e MONTEIRO, André Luís. *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. *In: Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Coleção doutrinas essenciais (organização). Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

FLORENZANO, Vincenzo D.. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Textonovo, 2004.

FORGIONI, Paula A.. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao Mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. *In: Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. Organizadora; LEMES, Selma Ferreira et al.(organização). São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GAMARO, Carlos Maria. Globalização das economias – análise do pensamento de Guy Sormon. *Revista de direito constitucional e internacional*, nº 38, ano 8, outubro-dezembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*. Londrina: Edições Humanidades, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça)*. Coleção de Direito e Ciências Afins. Vol. III. São Paulo: Editora Premier Máxima, 2008.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. *In: Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

_____. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *In: Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido*

Fernando Silva Soares, *in memoriam*. LEMES, Selma Ferreira *et al.* (organização). São Paulo: Editora Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo*. Volume 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2ª edição. Editor Francisco Lyon de Castro. Publicações Europa-américa, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Editora Ícone, 1993.

KROETZ, Tarcísio Araújo. *Arbitragem: conceito e pressupostos de validade*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997.

KUNTZ, Rolf. *República, direitos e ordem global*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01024452003000300003>. Acessado em 26 jul 2010.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação Legislativa*. Ano 36. nº 141 – janeiro/ março. Brasília, 1999.

LIMA, Abilio Lázaro Castro de Lima. Globalização econômica e crise dos estados nacionais. *In: Repensando a Teoria do Estado*. FONSECA, Ricardo (organizador). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo. O tempo na arbitragem. *In: A arbitragem na era da globalização*. GARCEZ, José Maria Rossani (coordenador). 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. *In Fundamentos de história do direito*. WOLKMER, Antonio Carlos (coordenação). 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Universitário, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Universitário, 1985.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Convenção Arbitral. *In: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Dezembro/2010. 16ª Edição. Disponível em <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/13_prof_rodrigo6.pdf> Acessado em 02.02.2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Biblioteca clássica, vol. XXVII. 4ª edição. São Paulo: Editora Atena, 1957.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: teoria geral dos contratos*. Vol. 5. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. *In: Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Sistema econômico-financeiro nacional e o crime de evasão de divisas: aspectos dogmáticos*. Orientadora: Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho. Dissertação (mestrado). Programa de pós-graduação em Direito. Universidade Estadual de Maringá, 2008.

MARÉS, Carlos Frederico. *Soberania do povo, poder do Estado*. *In: A crise do Estado-nação*. NOVAES, Adauto (organizador). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MARÍAS, Julían. *História da filosofia*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *In: Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Ana Carolina Marinho. Direito romano: a magistratura no período republicano. *Revista Eletrônica da Faminas*. Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.faminasbh.edu.br/revistaeletronica/download/ar2.pdf>>. Acessado em 21.01.2011.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do direito do consumidor nas normas de direito internacional privado: da necessidade de uma convenção interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS, Pedro A. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implantação no Brasil até o advento da Lei n. 9.307/96. In: *A arbitragem na era da globalização*. GARCEZ, José Maria Rossani (coordenação). 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. *Revista de Processo*. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 1º volume. São Paulo: Editora Ática: 2000.

MIRANDA, Maria Bernardete. Aspectos gerais do direito positivo e do direito canônico. *Revista Virtual Direito Brasil*. Volume 3. Disponível em <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/can.pdf>>. Acessado em 21.01.2011.

NASCIMENTO, Milton Meira do. *Rousseau: da servidão à liberdade*. In: WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 1º volume. São Paulo: Editora Ática: 2000.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coordenador). *Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O.. A instituição da família em a cidade antiga. *In: WOLKMER, Antonio Carlos (coordenador). Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NOVAES, Adauto. *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *O direito na bíblia: uma análise do texto bíblico sob a ótica e perspectiva do direito*. São Paulo: Editora Bom Pastor, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução nº 39/248. Declaração para o Progresso e Desenvolvimento Social da Organização das Nações Unidas. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acessado em 03 abr 2011.

PAASHAUS, Gustavo Cintra; CAETANO, Luiz Antunes. *Do juízo arbitral: arbitragem e mediação, hoje*. 2ª edição. São Paulo, 2006.

PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 11. São Paulo: LTr, 2006.

PENTEADO JÚNIOR, Cássio. Direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, Cristiano Paixão de Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In: WOLKMER, Antonio Carlos (coordenador). Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTO, Nelson Luiz. Aspectos especiais da antecipação de tutela em ação civil pública para proteção dos consumidores. *In: Revista Jurídica Cesumar*. Volume 2, 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/.../article/.../336>>. Acessado em 25 maio 2011.

RANZOLIN, Rircardo. *Coexistência do juízo estatal e do juízo arbitral: enfoque constitucional*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Processo Civil, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1631>. Acessado em 04 abril 2011.

REALE, Miguel. *Crise do capitalismo e crise do estado*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2ª edição, revisada. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Edição Saraiva, 1963.

REIS, Luiz Nicola dos Reis. *A arbitragem de acordo com a Lei 9.307/96*. Curitiba: Editora Íthala, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista*. 1º volume. 13ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANTOS, Djalma Eudes dos. *O fenômeno consumerista e os movimentos sociais no Brasil*. Biblioteca Digital da Universidade Federal de Minas Geais. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VCSA-874JX4/1/o_fen_meno_consumerista_e_os_movimentos_sociais_no_brasil.pdf>. Acessado em 21 fev 2011.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SICHES, Luis Recasénz. *Introducción al estudio del derecho*. 7ª edictio. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.

SILVA, César Roberto Leite da, LUIZ, Sinclayr. *Economia e mercados: introdução à economia*. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUZA, Raquel de. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coordenador). *Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público privada (PPP)*. Disponível em <<http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers>>. Acessado em 09 abr 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Processo*, nº 85, ano 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 2008.

VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada (PPP)*. Disponível em <http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166346/Arbitragem_e_PPP> Acessado em 10 abr 2011.

_____. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Introdução à economia*. Coordenadores da edição em português Yeda Rorato Crusius e Carlos Augusto Crusius. Tradução, revisão e adaptação Nuno Renan Lopes de Figueiredo Pinto ... [et al]. São Paulo: McGraw Hill do Brasil, 1985.

WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista*. 1º volume. 13ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a.

_____. *História do Direito no Brasil*. 4ª edição, revista com alterações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007b.

WOOLLEY, John T.; PETERS, Gerhard. O *projeto presidência americana* [online]. Santa Barbara, na Califórnia. Disponível em: <http://translate.googleusercontent.com/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php%3Fpid%3D9108&rurl=translate.google.com.br&twu=1&usg=ALkJrhg5c1FuAPIU7Upd_0RALIcGszeOsg#ixzz1Fx7LCFjl>. Acessado em: 05 mar 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZULIANI, Evandro. Arbitragem e defesa do consumidor. In: *Direito do consumidor: tutela das relações de consumo*. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (organização). Coleção doutrinas essenciais. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.