



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A POSSIBILIDADE DA
CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL DO ESTADO
CONTEMPORÂNEO COM A
UTILIZAÇÃO DE MEIOS
ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS NA JURISDIÇÃO
BRASILEIRA

Carlos Roberto Da Silva



Tesis

Doctorales

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

UNIVERSIDADE DE ALICANTE – UA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**A POSSIBILIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO COM A
UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

CARLOS ROBERTO DA SILVA

Itajaí-SC

2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

UNIVERSIDADE DE ALICANTE – UA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**A POSSIBILIDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO
SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO COM A
UTILIZAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

CARLOS ROBERTO DA SILVA

Tese submetida no âmbito do Programa de
Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI e da Universidade de
Alicante/Espanha – UA, como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Co-orientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer

Itajaí-SC

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela dádiva suprema que é a vida, por ser generoso em me dar saúde e a virtude da persistência; à família, patrimônio sagrado, pela compreensão diante da sentida ausência durante todo o período da pesquisa, em especial quando da estada na Espanha e em Portugal, e por ser a fonte genuína na qual busco inspiração para superar as vicissitudes do dia a dia; aos amigos, por compreenderem a importância do estudo e me apoiarem, tornando a tarefa menos penosa; aos professores, pela riqueza do saber, que de forma altruísta insistiram em transferir, embora não tenha tido a proporcional capacidade de apreender tudo o que me foi transmitido. Vocês, à luz do Criador, são aqueles que me carregaram até aqui: perdão pelo fardo. Obrigado, pois, às minhas filhas Jéssica e Natalie, minha esposa Venita, minha irmã Vera e meu cunhado (pai) Edílio; meus amigos Juliano, Luise e Luiza; meus professores doutores Cesar Luiz Pasold, Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

DEDICATÓRIA

Maria, mãe de minha existência, sempre comigo. Se sou forte em raros momentos, porque sempre foste e te copio, em que pese minhas limitações; se fraquejo, porque não aprendi o suficiente, ainda que tenhas durante toda a vida insistido em ensinar; se pretendo contribuir com algo, porque tua obra, a maior, foi o amor: dela tudo brota e assim será enquanto estiver aqui, antes de te ver novamente.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

“A menos que modifiquemos a nossa
maneira de pensar, não seremos
capazes de resolver os problemas
causados pela forma como nos
acostumamos a ver o mundo”.
(Albert Einstein)



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

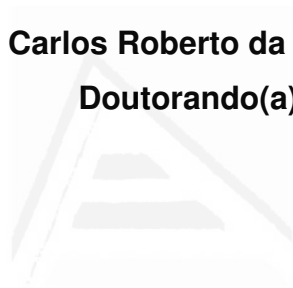
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de Direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora, o Orientador e o Co-orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, xx de outubro de 2015.

Carlos Roberto da Silva

Doutorando(a)



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ROL DE CATEGORIAS

Acesso à Justiça: o termo delimita as finalidades básicas do sistema jurídico, sendo este o meio pelo qual o indivíduo pode “reivindicar seus direitos aos auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.¹

Arbitragem: “um termo genérico para um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões contestadas”.²

Ativismo Judicial: “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.³

Conciliação: a Conciliação tanto em sua forma processual quanto na extraprocessual “é uma forma negociada de se buscar o acordo”, mas diferencia-se da Negociação “tão somente pela presença de um terceiro, que aparece na relação conflituosa, como um facilitador do acordo [...] o conciliador vai operar com a finalidade de aproximar os interesses entre os litigantes, mas não terá autonomia para decidir”.⁴

Conflito: o Conflito é “o confronto da minha vontade com a do outro, cada um querendo fazer ceder a resistência do outro”.⁵

Cultura da Sentença: mentalidade forjada nas academias e na práxis forense de resolução contenciosa dos Conflitos como primeira e, muitas vezes, única alternativa

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8-12. Título original: *Access to Justice*. Primeira edição em: 1988.

² MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 23. Título original: *The mediation process*.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 80, jan./mar 2009.

⁴ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 34-35.

⁵ MULLER, Jean-Marie. **O Princípio de não-violência: percurso filosófico**. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Direito e Direitos do Homem, 1995. p. 17. Título Original: *Le Principe de non-violence*.

de Pacificação Social.⁶

Direito: Para Kelsen, o Direito pode ser definido como uma congregação de ordens reveladas como justas ou injustas, é “um sistema de normas que regulam o comportamento humano”⁷.

Dallari⁸ leciona que “o Direito é o padrão objetivo do justo [...], o Direito autêntico não é mera expressão da preferência de alguns indivíduos ou de alguns grupos, mas é o reflexo do sentimento generalizado de Justiça.”

Democracia: Abreu⁹ ilustrou que, etimologicamente, democracia significa o “governo do povo”. Ainda que não suficientemente explícita, referida definição agrega a ideia de que a participação dos cidadãos é indispensável na tomada de decisões de cunho político. Para o autor, “no debate sobre a democracia contemporânea, o termo democracia designa uma forma ideal jamais atingida”, pois ela só “existe realmente quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei”.

Efetividade: “o fato real de ela [a norma] ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos.”¹⁰

Eficácia Jurídica: “aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios.”¹¹

Eficácia Social: “realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social [...] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e

⁶ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

⁷ KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 4. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito:** Direito e vida social, aplicação do Direito, Direito e política. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.45.

⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 484, 486.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8. Título original: *Reine Rechtslehre*.

¹¹ NOVELINO, Marcelo. **Hermenêutica Constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 130.

simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”¹²

Estado: as associações supremas e complexas, a que hoje denominamos de Estado, principiaram com o assentamento dos homens no solo. A formação destas associações com um fundamento territorial se congrega com o surgimento de uma ordem jurídica que tem suas bases sólidas nas concepções sociais dos tempos primitivos.¹³

Estado Contemporâneo: O Estado Contemporâneo notabiliza-se “em razão de um processo de reapropriação da Sociedade que culmina no fenômeno da socialização do Estado”¹⁴ e isto parece fazer com que o contemporâneo Estado se torne um “novo mundo”, marcado por um caráter eminentemente social que, segundo Pasold¹⁵, é denotativo essencial deste tipo estatal – fomentador do Bem Comum

Estado Constitucional Democrático: No presente estudo, será utilizada a expressão Estado Constitucional Democrático, posto que o termo passou a traduzir o equivalente Estado Democrático de Direito, consoante Canotilho¹⁶. Esta forma estatal representa “uma ruptura, porque traz à tona formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade”.¹⁷

Função Social do Estado: É uma Função que se deve irradiar por toda a estrutura e desempenho do Estado, determinando o exercício dos seus Poderes, a composição e o acionamento de seus órgãos no cumprimento das respectivas funções. É, enfim, uma Função que deve atentar e cumprir sempre aos legítimos

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 82.

¹³ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 200-201. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

¹⁴ JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social e a sua relação com o Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 78.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 16. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 4 ago. 2015.

¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 103-104.

interesses da Sociedade, pois “não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum”.¹⁸

Globalização: fenômeno mundial que cria um conjunto de interações entre povos de todas as nações, com “novas relações de interdependência, novas necessidades e, por que não, novos problemas. Pressupõe ainda novos sujeitos capazes de fazer frente aos desafios globais.”¹⁹

Judicialização da Política: significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.²⁰

Jurisdição: “é o poder de ouvir e decidir os litígios entre os homens, e não pode pertencer a ninguém a não ser àquele que possui o poder de prescrever as regras do bem e do mal, isto é, de fazer as leis.”²¹

Justiça: Kelsen²² identifica a Justiça como sendo “a felicidade social” e propõe que “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade”²³, a qual não se pode encontrar isoladamente.

Justiça Coexistencial: solução alternativa não contenciosa, justiça conciliatória.²⁴

Justiça Social: “é a virtude que incumbe aos indivíduos e aos grupos e os obriga

¹⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 50. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁹ REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **A Crise Financeira Mundial, o Estado e a Democracia Econômica**. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

²¹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.185. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

²² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9. Título original: *General theory of Law and state*.

²³ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2. Título original: *What is justice*.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001. p. 109.

aos atos mais conducentes ao maior bem comum”, sendo ela um instituto maior, no qual estão contidas as Justiças distributiva, legal e comutativa. E “a justiça social é o princípio dinâmico que impele os homens a tornarem a organização da sociedade sempre conforme às exigências do bem comum.”²⁵

Mediação: “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado e não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável.”²⁶

Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: instrumentos de resolução de Conflitos diferentes da Sentença judicial para resolução de controvérsias, como a Conciliação, a Negociação, a Mediação e a Arbitragem.²⁷

Negociação: “um método de resolução de conflitos extrajudicial que pode ser utilizado na sua forma simples, sem terceiros, ou em conjunto com outros métodos de resolução de litígios.”²⁸

Pacificação Social: imposição feita pelo Estado “das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada” nas situações em que há o “não cumprimento espontâneo das prescrições normativas”.²⁹

Processo Judicial: “um instrumento através do qual o Estado exerce o poder-dever de dar proteção jurisdicional aos direitos.”³⁰

Sentença: decisão judicial imposta coercitivamente, pelo Estado, “a respeito dos

²⁵ ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 69.

²⁶ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In:* WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

²⁸ GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 19-20.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à Jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 120-121.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 413.

conflitos gerados entre os diversos componentes da sociedade”. Meio ordinário de resolução de Conflitos que promove a certificação do Direito e a satisfação do Direito declarado.³¹

Sociedade: associação de pessoas semelhantes que visam “levar juntas a melhor vida possível. Sendo, portanto, a felicidade o maior bem e consistindo no exercício e no uso perfeito da virtude, e sendo possível que alguns participem muito dela e outros pouco ou absolutamente nada.”³²

Transnacionalidade: “juntando o prefixo trans e o conceito e caracterização de Nação Jurídica, entender por Transnacional os novos espaços públicos não vinculados a um território específico, que perpassam a ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitam a pluralidade como premissa e possibilitam o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica de comum consensual destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização.”³³

Vigência: “validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo.”³⁴

³¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. p. 33.

³² ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: UnB, 1985. p. 67.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/15054/11488>. Acesso em: 15 jan. 2015.

³⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 114.

SUMÁRIO

RESUMO	p.16
ABSTRACT	p.17
RESUMEN	p.18
INTRODUÇÃO	p.30
1 ESTADO E JURISDIÇÃO	p.41
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS E HISTÓRICAS SOBRE ESTADO E JURISDIÇÃO	p.41
1.1.1 Considerações iniciais.....	p.41
1.1.2 Da Jurisdição no Estado Constitucional Liberal.....	p.51
1.1.3 Da Jurisdição no Estado Constitucional Social.....	p.59
1.1.4 Da Jurisdição no Estado Constitucional Democrático.....	p.64
1.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO NO ATUAL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	p.68
1.2.1 Considerações iniciais.....	p.68
1.2.2 O Direito e a Justiça na percepção juspositivista.....	p.72
1.2.3 A Eficácia Social da norma jurídica.....	p.76
1.2.4 A Efetividade das vias de tutela do Direito Positivo.....	p.80
1.3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA JURISDIÇÃO	p.83
1.3.1 Considerações iniciais.....	p.83
1.3.2 As decisões a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.....	p.88
1.3.3 Ativismo Judicial.....	p.91
1.3.4 Comentários sobre a redemocratização brasileira.....	p.95
2 O ESTUDO DO CONFLITO, O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	p.99
2.1 OS CONFLITOS DE INTERESSES RESISTIDOS E OS MECANISMOS PARA A	

SUA SOLUÇÃO.....	p.99
2.1.1 Considerações iniciais.....	p.99
2.1.2 O Conflito: aspectos sociais e psicológicos.....	p.102
2.1.3 Maneiras primárias de resolução dos Conflitos.....	p.110
2.1.4 Métodos atuais de resolução dos Conflitos.....	p.114
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA.....	p.120
2.2.1 Considerações iniciais.....	p.120
2.2.2 O Acesso à Justiça pelas “ondas” renovatórias de Cappelletti e Garth: a primeira e a segunda onda.....	p.124
2.2.3 A terceira “onda” renovatória de Cappelletti e Garth.....	p.129
2.2.4 Os obstáculos à Efetividade do Acesso à Justiça no Brasil.....	p.133
2.3 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	p.139
2.3.1 Considerações iniciais.....	p.139
2.3.2 A morosidade processual.....	p.144
2.3.3 A ineficiência do Poder Judiciário.....	p.153
2.3.4 O Poder Judiciário como pacificador social.....	p.157
3 CAMINHOS PARA A MUDANÇA DA CULTURA DA SENTENÇA.....	p.162
3.1 AS CONSOLIDADAS VIAS ALTERNATIVAS À CULTURA DA SENTENÇA.....	p.162
3.1.1 Considerações iniciais.....	p.162
3.1.2 A Negociação.....	p.173
3.1.3 A Conciliação.....	p.177
3.1.4 A Mediação.....	p.184
3.1.5 A Arbitragem.....	p.190
3.2 NOVOS RUMOS À SUBSTITUTIVIDADE IMPERATIVA.....	p.195
3.2.1 Considerações iniciais.....	p.195
3.2.2 Convergências legislativas brasileiras.....	p.201
3.2.3 Iniciativas da administração da Justiça no Brasil.....	p.205
3.2.4 A modernização do Poder Judiciário.....	p.209

3.3 OS ÓBICES PARA A DIFUSÃO DE UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	p.216
3.3.1 Considerações iniciais.....	p.216
3.3.2 Formação dos Operadores do Direito.....	p.219
3.3.3 Política Nacional de Incentivo às vias alternativas de Pacificação Social...	p.227
3.3.4 A necessária mudança de hábitos.....	p.234
4 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO E O DIREITO	p.240
4.1 A FUNÇÃO SOCIAL	p.240
4.1.1 Considerações iniciais.....	p.240
4.1.2 Função Social: uma análise etimológica.....	p.242
4.1.3 A Justiça Social.....	p.244
4.1.4 A Função Social do Estado Contemporâneo.....	p.248
4.2 A FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	p.251
4.2.1 Considerações iniciais.....	p.251
4.2.2 A Função Social do Direito.....	p.255
4.2.3 A Função Social do Processo.....	p.259
4.2.4 A Função Social dos Operadores do Direito.....	p.262
4.3 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	p.267
4.3.1 A possibilidade da concretização da Função Social do Estado Contemporâneo com a utilização de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira.....	p.267
CONCLUSÕES	p.299
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p.310
ANEXOS	p.342

RESUMO

A presente Tese de Doutorado está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, como resultado inicial das pesquisas realizadas no curso de pós-graduação *stricto sensu* em nível de doutorado em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – e também na Espanha, na Universidade de Alicante, tendo em vista ainda que o presente trabalho é produto do convênio de dupla titulação entre esta e aquela Universidades. A pesquisa inicia com uma análise dos fenômenos sociais e jurídicos que dão azo ao processo histórico-evolutivo do Estado, voltado à atividade jurisdicional, definindo-se e caracterizando-se Estado e Jurisdição no contexto mundial, desde o Estado Liberal, passando pelo Welfare State até o modelo do Estado Democrático de Direito, tema necessário para a compreensão do formato atual da Jurisdição e das modalidades, de resolução dos conflitos existentes na atualidade. Na sequência, o estudo é direcionado à análise do Estado brasileiro e sua Jurisdição na conjuntura da redemocratização, marco das garantias e direitos fundamentais. Mereceu destaque o direito fundamental de Acesso à Justiça que, atrelado à ausência de uma estruturação política, contribuiu de forma significativa para o crescimento desenfreado do ajuizamento de demandas judiciais, uma das razões da atual crise do Judiciário. Constrói-se uma reflexão sobre as causas e consequências da cultura de resolução do Conflito resistido pela via judicial, apontando-se os Meios Alternativos como caminhos para uma nova visão e composição dos litígios judicializados. São colacionados dados estatísticos oriundos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com os resultados das iniciativas do Judiciário na utilização dos Meios Alternativos, notadamente a Mediação e a Conciliação, incentivadas pelo mencionado órgão. Com base nestes dados, traz-se uma reflexão acerca da importância da inserção e institucionalização dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira, para um melhor tratamento dos Conflitos resistidos, evidenciando estes Meios como ferramentas que possibilitam a atuação efetiva do Judiciário perante a Sociedade a quem deve servir, hipótese que fundamenta a atuação do Estado voltada ao bem comum, felicidade e satisfação social, concretizando, assim, a desejada Função Social do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado. Conflito. Jurisdição. Meios Alternativos. Função Social.

ABSTRACT

The present thesis is inserted in the research line of Constitutionalism and the Law Production, as the initial result of the research made in the graduate studies in stricto sensu course on the doctorate level at “Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI” as well as in Alicante Universidade de Alicante, Spain, given that the present work is the result of the double degree convention between both universities. The Research begins with an analysis of the social and legal phenomena that give cause to the historical-evolutionary State process, aimed at the jurisdictional activity, defining and characterizing the State and jurisdiction in the global context, starting with the Liberal State, moving on to the Welfare State and extending to the Democratic Rule of Law, theme necessary to understand the current format of the jurisdiction and its forms of conflict resolution existing nowadays. In the sequence, the study is driven to the analysis of Brazilian State and its jurisdiction in the conjecture of redemocratization, mark of the guarantees and fundamental rights. Deserving highlights the fundamental right of the Access to Justice which, tied to the absence of a political structure, contributing significantly to the dramatic growth of legal claims, one of the reasons of the current crisis in the Judiciary. Building a reflection on the causes and consequences in the culture of conflict resolution through the endured judicial method, pointing out alternative methods as important ways to achieve a new vision and composition in the dispute's settlement field. Adding the data originated from the National Council of Justice (CNJ), with the results of the judiciary initiatives in the use of alternative methods, notably the Mediation and Conciliation, encouraged by the mentioned council. Basing on these data, a reflection on the relevance of the insertion and institutionalization of the Alternative Methods for the resistant conflict's pacification in the Brazilian Jurisdiction is brought up, showing them as tools that enable the effective operation of the judiciary towards the society, assumption that bases the State's action aimed to the general good, happiness and social satisfaction, materializing, this way, the desired social function of the Democratic Rule of Law.

Keywords: State. Conflict. Alternative methods. Social function.

RESUMEN

La presente Tesis tiene como tema central “La Posibilidad de la Concretización de la Función Social del Estado Contemporáneo con la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Jurisdicción brasileña”.

El informe final del trabajo está dividido en 4 (cuatro) capítulos. En las tres primeras partes están agrupados los asuntos que dan soporte teórico al tema principal que se ha indicado anteriormente, habiendo sido desarrollado el objeto fundamental de la Tesis en el último capítulo.

El primer capítulo, denominado como “Estado y Jurisdicción” fue construido con tres subdivisiones. La primera parte (tópico 1.1) destaca las fases de transición de las formas estatales pre-contemporáneas. Fueron trazados los aspectos caracterizadores de las organizaciones estatales durante distintas etapas de la civilización, iniciando por el análisis de los Antiguos Estados Orientales, avanzando para la Antigua Clásica y, posteriormente, para el modelo de Estado en la Edad Media, culminando con un breve análisis acerca del Estado Moderno. Ese histórico abordaje resumido tiene como objetivo examinar las transformaciones ocurridas durante la convivencia humana, para justificar la hipótesis de que en los tiempos actuales también experimentamos cambios, que aún pareciendo ser frecuentes y continuas, en relación a los cuales el Derecho precisa estar preparado e, igualmente, encontrar soluciones de adaptación.

El examen histórico contempla las búsquedas de estudiosos como Jellinek, Heller, Dallari, Rosanvallon, Streck, Bulos, Abreu entre otros. Después de resumidas Consideraciones Iniciales en el tópico 1.1.1, las fases que componen el Estado Contemporáneo (Constitucional Liberal, Constitucional Social e Constitucional Democrático) fueron examinadas, cada una de ellas de manera apartada en los tópicos 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4, respectivamente. Como propuesta no exhaustiva, también se trataron las características jurisdiccionales de cada una de esas épocas. Eso porque, en las palabras de Jellinek³⁵, el proceso primario de formación del Estado fue, al mismo tiempo, un proceso de formación del Derecho; de suerte que, históricamente, Estado y Derecho tienen existencia, desde el principio, entrelazados y esta tenacidad hace que sean estudiados en conjunto.

De esos estudios se dedujeron las principales características de cada momento de transición estatal. El Estado Liberal, que marcó la segunda fase del Estado Moderno y renunció al Contemporáneo, tenía como propuesta principal a la injerencia mínima del Estado en la vida social. En el campo jurisdiccional, Bonavides³⁶ puntualiza que en este modelo de gobierno la preocupación suprema de los juristas era con “a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e, portanto, à legitimidade do ordenamento”. Por las razones elaboradas en la búsqueda, se destacó que la característica clásica del Estado Liberal cedió espacio a un modelo de Estado Social, en el cual los derechos fundamentales se convirtieron en fundamentos de derechos a prestaciones frente al Estado, o por lo menos son fundamentos de tareas del Estado. Pasado eso, emergió

³⁵ JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 199.

³⁶ “la norma, la juridicidad, la forma, la pureza del mandamiento legal con indiferencia a los valores y, por tanto, la legitimidad del ordenamiento” (Traducción libre del autor de esta Tesis). BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed São Paulo: Malheiros, 2004. p. 19.

el Estado Constitucional Democrático, definido por Soares³⁷ como siendo un modelo que, a pesar de algunas semejanzas conceptuales con el “constitucionalismo social”, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales, posee sus peculiaridades. En el modelo social existe la creencia de que la arbitrariedad o el abuso de los derechos fundamentales puede ser evitado mediante el aumento del poder político del Estado por el mejor control de las relaciones basadas en estos derechos. Ya en el modelo Constitucional Democrático existe la presunción de que las causas de esos abusos se sitúan en las desigualdades sociales generadas por las condiciones económicas, políticas y sociales; en este sentido, “uma política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas”³⁸

Después del examen de las formas del Estado y de la Jurisdicción, necesario para que se rectifique en la presente búsqueda, ante del escenario actual de crisis nacional y global, la inclinación social que debe guiar el formato Contemporáneo del Estado, especialmente en su actividad jurisdiccional, el trabajo se condujo, aún en el Capítulo 1, sub-tema 1.2, para el estudio acerca de la Efectividad del Derecho en el actual Estado Constitucional Democrático brasileño, con breves consideraciones al respecto en el tópico 1.2.1. Sin pretensiones por una mayor comprensión de los títulos subsecuentes, el tópico 1.2.2 dio destaque a las concepciones de Derecho y Justicia en la percepción iuspositivista, teniendo por base, en especial, las consideraciones de Kelsen al respecto. En este momento, fueron consignadas en el informe final algunas consideraciones acerca del dualismo existente entre el derecho natural y el positivo; bien como un dilema, de ahí vertido, al respecto de Justicia, que ni siempre parece ser posible concebir como sinónimo de Derecho. Conforme Kelsen³⁹, decir que una orden social es justa significa “que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade”. Así que, siguiendo esta visión, considerando la Justicia como el encuentro de la felicidad social, pareció imposible pensar en la imposibilidad de alcanzar este objetivo tan sólo por medio de una orden jurídica.

Acompañando la lógica trazada del tópico antecedente, en el punto 1.2.3 fue desarrollado un estudio acerca de la eficacia social de la norma jurídica. Inicialmente, se meditó que, del punto de vista de la Filosofía de Derecho, el dorso de toda legislación es el reconocimiento de normas de cultura por una sociedad organizada⁴⁰. Por lo tanto, se afirmó en el texto que la Eficacia Social de una norma jurídica debe estar relacionada con el hecho de ser respetada por aquellos que estén subordinados a ella. Como soporte para la sustentación principal del presente trabajo, en el sentido de la necesidad de consolidación e institucionalización de instrumentos procesales de naturaleza consensual en la jurisdicción brasileña, se

³⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 219.

³⁸ “una política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformaciones económicas, políticas y sociales, a través de la participación de los ciudadanos en los centros de poder y fortalecimiento de las instituciones democráticas”. (Traducción libre del autor de esta Tesis). SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 219.

³⁹ “que esa orden regula la conducta de los hombres de modo satisfactorio a todos, o sea, que todos los hombres encuentran en ella su felicidad” (Traducción libre del autor de esta Tesis). KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 113.

defendió al final que en una universalidad de normas vinculadas a un sistemática procesual bastante organizado, el valor de la Efectividad estará en los instrumentos procesuales adecuados, utilizados por la mayor parte de la Sociedad y capaces de llegar a la función primordial de las normas: a la Pacificación Social por el bien colectivo.

Aún en este orden, el tópico posterior (1.2.4) pasó a trabajar algunas nociones al respecto de la Efectividad de los Medios Alternativos en la resolución de los Conflictos resistidos, la base teórica que igualmente da sustentación al argumento principal del presente trabajo. En este momento, se anotó que es común que las Sociedades Occidentales a la subversión de una norma de Derecho sea acompañada de la abertura del Proceso Judicial para la resolución del Conflicto de ahí resultante; entretanto, se meditó que, a pesar de no negarse la carga de Efectividad al Proceso Judicial, la utilización de los Medios Alternativos, en dados casos, puede llegar a un mayor grado de Efectividad. Citando Cappelletti⁴¹, se destacó que “a efetividade do processo é, assim, o grau de eficácia que o mesmo possui para fins de atingimento da paz social”.

En el sub-tema 1.3, fueron tratadas las cuestiones referentes a la Concepción Contemporánea de Jurisdicción en Brasil, tema necesario para que se (re)discuta el papel y la función a ser desempeñada por esa actividad estatal. Con destaque, en las consideraciones iniciales (1.3.1) fueron abordados los entendimientos básicos de Jurisdicción en las percepciones de Chiovenda y Carnelutti, señalando que tales enseñanzas no pueden ser considerados atemporales (o fuera de tiempo), en vista de que sus elaboraciones se han producido en el periodo histórico del positivismo clásico y del Estado Liberal. Se concluye, por lo tanto, que contemporáneamente, el significado de Jurisdicción tiene como paradigmas la Constitución y los derechos fundamentales. Firme en esta conclusión sobre el modelo actual de Jurisdicción, el tema siguiente (1.3.2) dio destaque a las decisiones a partir de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, con base en las enseñanzas de Comparato, Häberle, Canotilho, Bonavides, entre otros teóricos que tratan estas temáticas. Ya en el tema 1.3.3 el fenómeno Activismo Judicial fue recordado. La necesidad de ese aparente protagonismo judicial, resguardados eventuales excesos y respetada la Democracia Constitucional, está entre los argumentos que defienden la idea de que el Estado-Jurisdicción debe asumir su papel creativo y Efectivo, en la búsqueda de soluciones, en un ambiente de crisis y de insatisfacción social.

En el tema de cierre del Capítulo 1 (1.3.4) fueron formuladas algunas comprensiones acerca de la fase histórica de la redemocratización brasileña, en el sentido de comprender las consecuencias de ese proceso político al Derecho y al Judicial en Brasil. El estudio desarrollado a propósito de este asunto señaló en las líneas iniciales algunas consideraciones acerca de la categoría “Democracia”, bien como de las dificultades de la Sociedad brasileña hasta alcanzar la conquista de la Constitución democrática, en el año de 1988. Adelante, el examen fue concluido con las consideraciones de Barroso, el cual afirmó que con la ampliación de la consciencia nacional acerca de sus derechos sociales, la población pasó a exigir en mayor intensidad la tutela de sus intereses ante jueces y tribunales. Por lo tanto,

⁴¹ “la efectividad del proceso es, así, el grado de eficacia que el mismo posee para fines de lograr la paz social” (Traducción libre del autor de esta Tesis). CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 127.

fenómeno que contribuyó para la sedimentación de los procesos y en el atasco de la máquina estatal-judiciaria.

El Segundo Capítulo, “El estudio del Conflicto, el Acceso a la Justicia y a la crisis del Poder Judicial”, consta de tres secciones que incluyen, por su parte, los aspectos relacionados con el conflicto de las relaciones humanas y la búsqueda de la paz por medio del Poder Judicial. El estudio de este Capítulo se basa en las consideraciones iniciales (2.1.1), donde son hechas breves consideraciones acerca de la carga natural atribuida a los Conflictos, trayendo a la luz las distinciones realizadas por Hobbes⁴² acerca del Derecho Natural y de la Ley Natural. También, se analizó brevemente sobre los aspectos relevantes relacionados con la urgente necesidad de la pacificación de los conflictos humanos, a la necesaria creación de normas para este propósito y a la institución coactiva de un organismo estatal garantizador de estas leyes y propiciador de esa anhelada paz.

En la continuidad, el tema 2.1.2 trató de analizar las particularidades vinculadas con el tema Conflicto, por su aparente pertinencia con la propuesta de este estudio, de que se debe establecer en la Jurisdicción brasileña mecanismos consensuales de resolución de los Conflictos llevados al conocimiento del Poder Judicial. Sin pretensión exhaustiva, el objeto de estudio fue explorado en examen sociológico e interdisciplinar en el sentido de breve conexión con la psicología. Así, en este punto fueron reveladas algunas cuestiones básicas como la percepción de Carnelutti a respecto del Conflicto y su constitución como circunstancia elemental del fenómeno jurídico. Más adelante, se enfocó en las clasificaciones del Conflicto realizadas por Moore (Conflictos latentes, emergentes y manifiestos). El estudio fue finalizado con una resumida incursión en el campo interdisciplinar, destacándose, entre otras cuestiones, los aspectos relevantes de la psicología humana que pueden evitar el alcance de la pacificación de las disputas.

En el tema 2.1.3, fueron retratadas las maneras primarias de resolución de Conflictos, con énfasis en la autotutela y en la autocomposición; ya en el tema 2.1.4, se ilustraron los métodos actuales de resolución de Conflictos, entre ellos la autodefensa, la autocomposición y Proceso Judicial o los mecanismos heterocompositivos, con realce para los estudios de Zamora Castillo⁴³.

Los contemplados del Acceso a la Justicia fueron debatidos en el sub-tema 2.2, del Capítulo 2. Después de las consideraciones iniciales anotadas en el tópico 2.2.1, se pasó al examen de la primera y segunda olas de renovación consagradas por Cappelletti y Garth⁴⁴, en el proyecto Florencia. De forma preliminar, se explicó sobre los movimientos destacados por los estudiosos como dirigidos para ampliar el Acceso a la Justicia, teniendo como primer limitador (Primera ola), la asistencia judiciaria y, como segundo (Segunda ola), el acceso a los derechos difusos. Recurriendo aún a la temática, el punto 2.2.3 analizó la Tercera ola de renovación en título apartado en razón de la importancia de esa temática para la búsqueda específica. Así, se retrató que ya en aquella fase los referidos autores pasaron a

⁴² MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 47.

⁴³ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2000. p. 12.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8, 12.

abordar cuestiones que fomentan la idea central del presente estudio, en el sentido de incentivos dados para “alteração nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais [...] modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígio ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”⁴⁵.

En el punto 2.2.4, la búsqueda ultrapasó el campo de los obstáculos a la Efectividad del Acceso a la Justicia en Brasil, realzando como tales, el título meramente ilustrativo, según Grinover⁴⁶, la sobrecarga de los tribunales, la morosidad de los procesos, sin costo, la burocratización, la complicación procedimental.

Se dio destaque, en el punto 2.3, la Crisis del Poder Judicial brasileño. En esta parte (2.3.1), se relató que la actual coyuntura del Estado brasileño se caracteriza por una crisis político-económico que influencia negativamente el funcionamiento del Poder Judicial, especialmente, como señala Moreira⁴⁷, por potencializar “as demandas populares acerca de direitos sociais não efetivados na ordem concreta por força de medidas de corte orçamentário dos poderes públicos”. Este mal gerenciamiento estatal de los recursos, en una interacción sistemática, contribuye para la crisis en todos los sectores del Estado, haciendo emerger, por tanto, la necesidad de estudios jurídico-teóricos que apunten para soluciones de ablandamiento de esa problemática.

Partiendo de las nociones preliminares insertadas en el punto 2.3.1 el estudio se dirigió para el examen un poco más detallado acerca de algunos aspectos específicos de la citada crisis. Así, el punto 2.3.2 buscó retratar las cuestiones que contribuyen a la morosidad excesiva del Poder Judicial, señalado entre los otros factores, el gran número de Procesos – demostrado por los números estadísticos del Consejo Nacional de Justicia, destacados en el Informe Final; otro factor principal abordado es el uso abusivo de partes dilatorias. Se advirtió, además, que el tiempo del proceso, en los días actuales, ha asumido una vital importancia, por cuanto, en una Sociedad en que las informaciones han sido difundidas de forma instantánea (en especial por la tecnología de las comunicaciones), la cobranza de los jurisdicionados y administradas por una rápida y eficiente prestación jurisdiccional alcanza la misma advertencia. En este sentido, Becker⁴⁸ agregó que una sociedad de masa no se contenta con una justicia artesanal.

En el punto 2.3.3 el estudio se direcciono para un otro ángulo de la misma problemática de la Crisis, cual sea, la ineficacia del Poder Judicial. Siendo la función primordial del Poder Judicial la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas, al retardar o dejar de cumplir adecuadamente esta prestación jurisdiccional, imagínese que ese servicio de naturaleza pública se vuelve ineficaz;

⁴⁵ “alteración en las formas de procedimiento, cambios e las estructuras de los tribunales [...] modificaciones en el derecho substantivo destinadas a evitar litigio o facilitar su solución y la utilización de mecanismos privados o informales de solución de los litígios” (Traducción libre del autor de esta Tesis). CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 71.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n.34, p. 11-25, dez. 1990. p. 12-13.

⁴⁷ “las demandas populares acerca de derechos sociales no actualizados en la orden concreta por fuerza de medidas de recorte presupuestal de los poderes públicos” (Traducción libre del autor de esta Tesis). MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79.

⁴⁸ BECKER, L. A. **Qual é o Jogo do Processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 342.

luego, injusto. Conforme Piñeiro⁴⁹, el descontentamiento en relación a la Justicia no es, sin embargo, un fenómeno reciente o restringido a Brasil, pero un sentimiento antiguo y disperso. Por toda parte, severas críticas son hechas al modo de funcionamiento del judicial. Dichas observaciones reflejan la realidad observada por el autor de este estudio por ocasión de ese período de búsquedas en España y en Portugal, países que ya alcanzaron nivel de desarrollo social – aunque también victimados por la crisis económica mundial – mas que igualmente experimentan por parte de la Sociedad críticas en relación al funcionamiento del Judicial. Y así y todo, el uso de medios consensuales parece estar en etapa más avanzada, presentando respuestas positivas, lo que indica ser ese camino prometedor. En el caso de Brasil, parece cierto que esa ineficacia provoca causas ampliamente arraigadas por un perfil administrativo e históricamente sedimentado y que los problemas que transcurrieron de esa matriz histórica son acentuados por la inestabilidad del marco jurídico del País, por el arcaísmo y excesivo formalismo de los códigos de proceso y por la mala formación de los ‘operadores de derecho’⁵⁰.

En el punto que encierra el Capítulo 2 (2.3.4), la cuestión del Poder Judicial como pacificador social fue tratada. En este momento, se anotó que el Poder Judicial, ideal imaginario de un Estado Democrático de Derecho, por la morosidad e ineficacia con que actúa parece tornar insuperable la distancia entre las expectativas de la población y los efectos de su actuación, haciendo con que la Sociedad brasileña sea incapaz de identificar en él un instrumento de construcción/efectuación de la democracia.

Ateniéndose a los problemas provocados en el Capítulo 2, y Capítulo 3, “Caminos para el cambio de la Cultura de la Sentencia”, buscó avanzar en el sentido de evidenciar algunas hipótesis, de cuño ejemplificativo, posibles al ablandamiento de la crisis ya antes mencionada. Así, el Tercer Capítulo también fue constituido por tres divisiones, en las cuales fueron desarrollados estudios acerca de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos; de la actuación del Poder Judicial en el incremento de sus sistemas para la utilización de los Medios Alternativos como mecanismos ecuanimes de pacificación de litigios y, finalmente, fueron retratados algunos de los obstáculos para la difusión de una cultura no adversarial de resolución de Conflictos, necesaria, según el tema propuesto en la búsqueda en destaque, para el alcance de una difusión de esa propuesta de pacificación social vía actuación del Poder Judicial.

En el sub-tema 3.1, “Las consolidadas vías alternativas a la Cultura de la Sentencia”, el trabajo pasó a exponer las medidas que pueden ser adoptadas como alternativas a la Cultura de la Sentencia. En la ocasión, se sostuvo que muchas acciones llevadas al Judicial podrían ser resueltas sin el enfrentamiento del largo camino procesual convencional. Y determinados casos, muchas controversias pueden ser sanadas desde luego en una audiencia conciliatoria, de Mediación o mismo mediante una Negociación extrajudicial, resolviendo, pues, la contienda por la utilización de otros mecanismos – consensuales – de pacificación. Entre tanto,

⁴⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 246-247.

⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 246-247.

también se meditó que el estudio no defiende la idea de una completa ineficacia y si bien de la desnecesidad del Proceso Judicial como mecanismo para la deseada resolución de Conflictos, en especial cuando se tratan de cuestiones que involucran situaciones jurídicas complejas. Lo que se sugiere es la hipótesis de la necesidad de ese método convencional basado en la litigiosidad ser complementado por medios no opuestos, donde se busque la solución de la controversia a partir de la actuación directa de los propios involucrados en el litigio, en búsqueda de una mejor atención, por el Estado, de las necesidades e intereses de la Sociedad.

Así, después de estas consideraciones iniciales inseridas en el tópico 3.1.1, el análisis generó para el examen de los principales Medios Alternativos de resolución de Conflictos conocidos y aplicados en Brasil

En el punto 3.1.2 se hizo la representación acerca de la Negociación. En este subtema, se vio que el proceso de la Negociación no es un procedimiento ritualístico o lógico, pues envuelve directamente las partes en confronto y entre ellas inexistente cualquier ponderador a sugerir o insinuar algún camino. Aún en este ámbito, fue cotejado el estudio de Fisher *et al*⁵¹ sobre las formas de dirigirse en un proceso de negociación (de manera afable, la forma áspera o basada en principios).

El punto 3.1.3 tuvo como tema la Conciliación. Para mejor comprensión, fueron nombrados los dichos de Moraes y Spengler⁵², según los cuales “na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe”. En esta modalidad de autocomposición, el conciliador sugiere, interfiere, aconseja. Por lo tanto, la Conciliación nada más es que un intento de llegarse voluntariamente a un acuerdo por intermedio de un tercero que interviene entre las partes, demostrando sus consideraciones de manera oficiosa⁵³.

Ya el punto 3.1.4 trató de la Mediación. De los estudios de Porto y Breitman⁵⁴ se consignó en el informe que “a mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito Positivo”. Además, fueron registradas las anotaciones de Besso⁵⁵, el cual describe la Mediación como siendo un procedimiento en que un tercero facilita la comunicación y la negociación entre las partes en Conflicto para ayudarlas a llegar voluntariamente a un acuerdo, actuando el mediador con estricta neutralidad. Y este título, también se hace mención a la Ley

⁵¹ FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 216.

⁵² “en la conciliación, el objetivo es el acuerdo, o sea, las partes, mismo adversarias, deben llegar a un acuerdo para evitar el proceso judicial o para en el poner un punto final, si por si acaso él ya existe” (Traducción libre del autor de esta Tesis). MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-204.

⁵³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-204.

⁵⁴ “la mediación es una forma alternativa (con el otro) de resolución de conflictos jurídicos, sin que exista la preocupación de dividir la justicia o de ajustar el acuerdo a las disposiciones del Derecho Positivo” (Traducción libre del autor de esta Tesis) BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 46.

⁵⁵ BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.6, n.4, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponible en: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 25 set. 2014. p. 33

n. 13.140/1⁵⁶ (Ley de Mediación, promulgada el 29 de junio del 2015), destacándose algunos de los dispositivos en ella contenidos, como el artículo 1º, en el cual queda establecido que la Mediación es considerada como aquella actividad técnica ejercida por un tercero imparcial sin poder de decisión, que, elegido o aceptado por las partes, las auxilia y estimula a identificar o desenvolver soluciones consensuales para a controversia.

Ya en el punto 3.1.5 se abordó el mecanismo heterocompositivo del Arbitraje. Con apoyo en las enseñanzas de Cretella Neto⁵⁷, se apuntó que en el ordenamiento jurídico patrio hay dos medios heterocompositivos de solución de litigios: “o estatal [...] aplicável a quaisquer conflitos de interesse intersubjetivos, judicialmente resistidos” y/o particular, ese es, “a arbitragem, limitada, aplicável a conflitos relativos a determinados tipos de direitos; [...] a cargo de particulares, que nem mesmo precisam ser formados em Direito, podendo ou não pertencer a quadros de alguma instituição de caráter privado”. Se exponen en el informe final que este modelo de pacificación figura en la Sociedad desde el Imperio Romano, habiendo sido ampliamente utilizada en Europa. Se advierte, además, aunque este sistema no se figure como mecanismo no adversarial, por cuanto, en el arbitraje, hay un tercero que interviene en la disputa, la inclusión de ese medio alternativo en el presente estudio – que enfatiza la consensualidad – se justifica por ser el un método que tiene como uno de sus principios la libre voluntad de las partes, las cuales, por ejemplo, pueden elegir un árbitro especializado en la materia controvertida para definir la disputa.

Avanzando para los sub-temas 3.2 de la búsqueda, fueron balizados algunos de los nuevos caminos al sustituibilidad que impera en la jurisdicción brasileña. Así, ultrapasadas las consideraciones iniciales consignadas en el tema 3.2.1, el estudio se concentró en el análisis de las legislaciones brasileñas que convergen para una mayor integración de los Medios Alternativos en la Jurisdicción del País (ítem 3.2.2). Así, fueron examinadas, con la mayor énfasis, la Ley n. 13.129/2015⁵⁸ que visa ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje dentro de las otras providencias; a la Ley n. 13.140/2015, que pasó a disponer sobre la mediación entre particulares como medio de solución de controversias y sobre la autocomposición de conflictos en el ámbito de la administración pública; y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley n. 13.105/2015⁵⁹, que trajo una propuesta de crear reglas para simplificar y acelerar la tramitación de las acciones civiles, bien como aquellas de naturaleza diversa, más que subsidiariamente se apliquen a la Ley adjetiva.

En el sub-tema 3.2.3 se expuso sobre algunas de las iniciativas de la administración de la Justicia en Brasil para la ampliación de los caminos para una Justicia coexistencial. De entre de las medidas destacadas en el estudio está la Resolución

⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 13.140/15**. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 1 jul. 2015.

⁵⁷ “o estatal [...] aplicable a cualquier conflicto de interés intersubjetivos, judicialmente resistidos” “el arbitraje, limitada, aplicable a los conflictos relativos a determinados tipos de derechos; [...] a cargo de particulares, que ni siquiera necesitan ser formados en Derecho, pudiendo o no pertenecer a cuadros de alguna institución de carácter privado” (Traducción libre del autor de esta Tesis). CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2009. p. 22.

⁵⁸ BRASIL. Ley 13.129, de 26 de mayo de 2015. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso en: 30 mayo 2015.

⁵⁹ BRASIL. Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015. Institui el código de processo civil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso en: 20 mar. 2015.

n. 125/2010, que es parte de la política judicial nacional de tratamiento alternativo de los Conflictos resistidos, instaurada por el Consejo Nacional de Justicia. Otra medida de destaque mencionada en el informe es la creación del Fórum Nacional da Mediação y Conciliação (Fonamec), ocurrida el 12 de diciembre del 2014, durante el 1º Encuentro Nacional de Núcleos y Centros de Conciliación, en Brasilia, promovido por el Consejo Nacional de Justicia.

Concluyendo este sub-tema, se enfrentó la cuestión de la modernización de la Justicia (punto 3.2.4). Sobre este enfoque, algunos de los cambios que viene ocurriendo en el Poder Judicial brasileño fueron mencionados. Así, se relató que en Brasil, las innumerables transformaciones por las que vienen pasando el Poder Judicial en los últimos años, el proceso electrónico (PJe) parece ser el que más contribuye para su modernización. Entre otros cambios acentuados en el estudio está la utilización del internet para audiencias o Conciliación pre-procesual, las novedades traídas por el nuevo Código de Proceso Civil, la acción del Ministerio de Justicia que creó la plataforma consumidor.gov⁶⁰, el sistema *Push*⁶¹, adoptado por los tribunales estaduais, federales y superiores entre otras medidas de relevo también en el ámbito internacional.

En la continuidad, el sub-tema 3.3 pasó a tratar de los óbices para la difusión de una cultura no adversarial de resolución de Conflictos. Sin agotar la materia, después de algunas consideraciones iniciales (punto 3.3.1), el punto 3.3.2 consignó ciertas ponderaciones a respecto de la formación de los Operadores del Derecho. Por lo tanto, se consideró que, especialmente en Brasil, la enseñanza jurídica es direccionada para el enfrentamiento del litigio, y no para el consenso. En el informe, los datos estadísticos presentados pretenden demostrar que la Justicia consensual en el País no le es dada la importancia que la haga merecedora.

El punto siguiente (3.3.3) trató de analizar las políticas nacionales de incentivo a las vías alternativas de pacificación social, realzando las ideas de Calmon⁶² que se posiciona diciendo que todos los medios de solución de los Conflictos deben ser ampliamente difundidos y su propagación realizada en idiomas accesibles a todos, de forma no tecnicista. Para ello, el tema debe ser tratado de manera sencilla “tudo para alcançar não somente o homem erudito, mas igualmente ao ser humano simples, ou simplesmente, para alcançar o ser humano, ainda que ele esteja representando a maior e mais complexa sociedade comercial”.

El tema que encierra el Capítulo 3 (3.3.4) explica sobre los cambios necesarios de hábitos, en el sentido de perfeccionar y promover una Justicia no adversarial, que aproxime y de ellas obtenga los fundamentos de la resolución de Conflicto judicializado. En esta etapa se dio destaque para algunas predisposiciones culturales que obstaculizan la promoción de una Justicia que tenga bases en el consenso.

El Cuarto y último Capítulo, “Función Social del Estado y del Derecho”, se destinó a abordar fundamentos relacionados a la Función Social del Estado Contemporáneo,

⁶⁰BRASIL, Ministerio de Justicia. Disponible en: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acceso en: 20 ago. 2015.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/processo/push/>. Acceso en: 10 set. 2015.

⁶² “todo para alcanzar no solamente el hombre erudito, pero igualmente al ser humano sencillo, o simplemente, para alcanzar al ser humano, aunque el este representando al mayor y a la más compleja sociedad comercial”. (Traducción libre del autor de esta Tesis). CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 198.

destacando, en especial, el tema de la Tesis: la posibilidad de la concretización de la Función Social del Estado Contemporáneo con el uso de los Medios Alternativos de resolución de Conflictos.

En el sub-tema 4.1.2, para fines didácticos, se hizo el análisis etimológico de la palabra “función”. Por lo tanto, fueron sopesados los entendimientos de Gama *et al*⁶³, los cuales registraron que la palabra funciones derivada “do latim functio, do verbo fungor [...] cujo significado é de cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar”. Siendo así, se cumplió la acepción de Passos⁶⁴, según el cual la función social “pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente”.

En el tópico ulterior, 4.1.3, el tema de la Justicia Social fue abordado. Así, sintéticamente, se afirmó que la Justicia Social, según Ullmann⁶⁵, es la virtud que incumbe a los individuos y a los grupos y los obliga a los hechos más conducentes al mayor bien común, siendo ella un instituto mayor, en el cual están contenidas las Justicia distributiva, legal y conmutativa. Y “a justiça social é o princípio dinâmico que impele os homens a tornarem a organização da sociedade sempre conforme às exigências do bem comum.”⁶⁶

Sin agotar a la materia, el punto 4.1.4 congregó algunos preceptos doctrinarios que construyen soporte teórico al respecto de la Función Social del Estado Contemporáneo. Por lo tanto, se citaron consideraciones de autores como Heller⁶⁷, Pasold⁶⁸ y Fukuyama⁶⁹. En la lección de Pasold⁷⁰, la función social del Estado debe estar contenida en todas sus demás funciones, pues “não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo”.

En el sub-tema 4.2 fue desarrollado un estudio al respecto de la Función Social

⁶³ “del latín *functio*, del verbo *fungor* [...] cuyo significado es de cumplir algo, desempeñar un deber o tarea, o sea, cumplir una finalidad, funcionalizar”. (Traducción libre del autor de esta Tesis). GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Função social no Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

⁶⁴ “puede ser entendida como el resultado que se pretende obtener con determinada actividad del home o de sus organizaciones, teniendo en vista intereses que ultrapasan los de agente” (Traducción libre del autor de esta Tesis). PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.58, ago. 2002. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>. Acesso em: 5 nov. 2014.

⁶⁵ ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 68.

⁶⁶ “la justicia social es el principio dinámico que impulsa a los hombres que hagan la organización de la sociedad siempre de acuerdo a las exigencias del bien común.” (Traducción libre del autor de esta Tesis). ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 68.

⁶⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre, 1968. p. 244-245.

⁶⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 25. Disponible en: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁶⁹ FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização no século XXI**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 15-22. Título original: *State building: governance and world order in the 21st Century*. 1ª edição: 2004.

⁷⁰ “no hay sentido y la creación y en la existencia continuada del Estado, sino en la condición – inamovible – de instrumento en favor del Bien común o Interés Colectivo” (Traducción libre del autor de esta Tesis). PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 25. Disponible en: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

como Principio Estructurante del Ordenamiento Jurídico en el Estado Contemporáneo. Pasadas las consideraciones iniciales en el tema 4.2.1, en los puntos siguientes, con pilar doctrinario, fueron desarrolladas las ideas de Función Social del Derecho (tema 4.2.2), Función Social del Proceso (punto 4.2.3) y Función Social de los Operadores del Derecho (punto 4.2.4). En este norte, se comprendió que, conforme Atienza⁷¹, la “função social do Direito faz referência [...] à eficácia social das normas jurídicas”, de estas normas, las personas esperan la producción “de efeitos sociais que coincidem com os fins desejados e proclamados pelo legislador; essas são as funções expressas ou manifestas”. Con respecto a la Función Social del Proceso, se consignó, según los análisis de Teodoro Junior⁷² que “mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem jurídica, mediante realização concreta da lei”. Y, en lo que compete a la Función Social de los Operadores del Derecho, fueron agregadas las reflexiones de Oliveira⁷³ que dijo que el carácter social de la profesión se manifiesta por el ejercicio de la ciudadanía por profesionales responsables por la colocación ante de uno de los poderes del Estado, de los anhelos y aspiraciones de la Sociedad. Para él, los profesionales del Derecho son “os arautos das necessidades coletivas, e, de certa forma, agentes transmissores da própria dinâmica social e responsáveis pelas transformações exigidas pela realidade”.

Se encerró el trabajo en el sub-tema 4.3, donde fueron difundidas las ideas principales de la Tesis.

En este momento, se desarrollaron los aspectos esenciales del trabajo, sosteniéndose, inicialmente, que la Sociedad vive un período inmediato de transiciones y pasa a absorber, con mayor intensidad, una nueva realidad con valores que ultrapasan el ámbito local y trascienden para un espacio global.

Dentro de este contexto, parece correcto concluir que el nuevo formato de la Sociedad aliada a este modelo de Estado Contemporáneo aspira a cambios, especialmente en el campo jurisdiccional. Se argumentó que la aparente ruptura del antiguo esquema adjudicador puede no ser suficiente para suplir, efectivamente, las aspiraciones sociales de felicidad y bienestar. Aunque el Poder Judicial busca la solución más eficaz y menos destructiva para ambas partes, la decisión, aún así, será impuesta por un tercero imparcial que no participó en la construcción de aquel Conflicto jurídico, y la entrega de una decisión ni siempre afectará de manera satisfactoria los intereses de las partes.

En esta perspectiva, se consideró que los Medios Alternativos pueden ser tomados

⁷¹ “función social del Derecho hace referencia [...] a la eficacia social de las normas jurídicas” “de efectos sociales que coinciden con los fines deseados y proclamados por el legislador; esas son las funciones expresadas o manifiestas” (Traducción libre del autor de esta Tesis). ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 182-183.

⁷² “mismo cuando el conflicto de intereses es eminentemente privado, hay en el proceso siempre un interés público, que es él de la pacificación social y de la manutención del imperio de la orden jurídica, mediante la realización concreta de la ley” (Traducción libre del autor de esta Tesis). THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. v.3. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3.

⁷³ “los defensores de las necesidades colectivas, y, de cierta forma, agentes transmisores de la propia dinámica social y responsables por las transformaciones exigidas por la realidad” (Traducción libre del autor de esta Tesis). OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. *A formação do advogado*. In: NILINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

como instrumentos eficientes para la composición de las leyes, principalmente porque su dinamismo y eficacia cubren el hecho de que las partes involucradas en el Conflicto es que concordarán con la forma de eliminar la contienda y podrán ver tutelados sus derechos con la mayor rapidez y con la mayor Efectividad, a medida de que los fundamentos de esa decisión son provenientes de la voluntad de los propios involucrados, alcanzando un plan de satisfacción personal (felicidad) más elevado.

Así, se supone que el Estado Contemporáneo brasileño progresará en su función de proporcionar el bienestar social, a la medida de que pasará a desarrollar medidas asociadas para la actualización de la cultura coexistencial en el país, instrumentalizando su legislación procesual y, por así, la actuación del Poder Judicial, en esa línea.

Con apoyo principal en Pérez⁷⁴, se consignó que para mantener la justa paz colectiva, no basta apenas proclamar la exclusividad de la Jurisdicción como medio de alcanzar la pacificación de los Conflictos. La justa paz de la comunidad solamente será alcanzada a medida de que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para que satisfaga las pretensiones que a él son llevadas.

Palabras-clave: Estado. Conflicto. Jurisdicción. Medios Alternativos. Función Social.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁷⁴ PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 19-26.

INTRODUÇÃO

A presente Tese tem como Objeto o estudo da temática proposta pelo título da pesquisa “A possibilidade da concretização da Função Social do Estado Contemporâneo com a utilização de Meios Alternativos de resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira”.

O Objetivo institucional é a obtenção do título de Doutor pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí no Brasil, em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante, na Espanha.

O Objetivo geral é o de analisar os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos resistidos como ferramentas que de forma mais efetiva confirmem os princípios constitucionais do Acesso à Justiça e razoável duração do processo, sob o enfoque do abreviamento processual e conseqüente melhor funcionamento da atividade judiciária, com o uso de técnicas endo e extraprocessuais que possibilitam um apaziguamento mais eficiente do Conflito resistido para o atingimento da Função Social do Estado Contemporâneo.

Os Objetivos específicos estão distribuídos nos quatro capítulos que constituem a Tese, cada um dos quais compostos por três seções, onde são explorados os assuntos pertinentes ao estudo, ora sistematizados: a) as fases de evolução histórica dos modelos de Estado, com ênfase à atividade jurisdicional, por se tratar de tema central da presente pesquisa; b) a Efetividade do Direito, na perspectiva de um Estado Constitucional Democrático; c) a concepção contemporânea de Jurisdição; d) os aspectos relacionados à conflituosidade das relações humanas; e) as origens do Conflito e os sistemas que já foram empregados, bem como os que ainda são utilizados na resolução dos Conflitos resistidos; f) os primados do movimento de Acesso à Justiça; g) os fatores que contribuem para o atual quadro de crise do tradicional organismo jurídico do Estado, o Poder Judiciário; h) os usuais Meios Alternativos de resolução de Conflitos (Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem); i) a atuação do Judiciário no incremento de seus sistemas para a utilização dos Meios Alternativos como mecanismos equânimes de pacificação de litígios; j) os óbices para a difusão de uma

cultura não adversarial de resolução de Conflitos; k) as questões relacionadas ao núcleo principal do presente estudo: a Função Social do Estado Contemporâneo, destacando, em especial, o tema propositivo da Tese: a possibilidade da concretização da Função Social do Estado Contemporâneo com a utilização dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira.

A Delimitação do tema na presente Tese se dá pelo Referente da Pesquisa, qual seja, a possibilidade dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, se inseridos no ordenamento processual civil brasileiro, lograrem grau de efetividade no tratamento dos dissensos judicializados de modo a alcançar patamar de satisfação social que concretize a desejada Função Social do Estado Contemporâneo, por meio da atividade jurisdicional.

A escolha e delimitação do tema fundamentam-se nas impressões da vivência profissional do autor, magistrado há 23 anos, que entendeu como pertinente uma melhor observação em relação aos mecanismos de resolução de Conflitos distintos dos atualmente empregados, tendo em conta a escassez e aparente inefetividade das ferramentas processuais disponíveis para a pacificação dos volumosos e crescentes contenciosos judiciais.

Isso porque, no Brasil, a partir da fase de redemocratização⁷⁵ do País, a busca dos cidadãos ao Poder Judiciário, como única forma de resolução das suas contendas, foi intensificada. Segundo dados estatísticos colhidos do Anuário da Justiça de 2014⁷⁶, “desde que o brasileiro passou a exercitar seus direitos, o número de ações que trafega pelo Judiciário subiu mais de 270 vezes, enquanto que a população brasileira aumentou por volta de 30%”.

A mencionada crise, consoante toda a divulgação feita pelo Conselho

⁷⁵ “Período histórico marcado pelo enfrentamento político via luta pelo fim do regime militar e retorno da democracia, em defesa das liberdades democráticas, apoiando a reforma agrária, tendo uma forte atuação cultural, lutando pela anistia ampla, total e irrestrita, apoiando a campanha pelas Diretas Já! Lutando por uma constituinte soberana e democrática, dentre outras consignas, lastreada pelo texto constitucional de 1988.” (PADRÓS, Enrique Serra *et al* (Org.). **Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985):** história e memória. v.4. O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização. Porto Alegre: Corag, 2009. p. 176.)

⁷⁶ ANUÁRIO DA JUSTIÇA – 2014. São Paulo: ConJur Editorial, 2014. p. 12.

Nacional de Justiça⁷⁷ (CNJ), está revelada por números que explicam o descrédito do Poder Judiciário em relação ao serviço público que, sob o enfoque do princípio da Eficiência (art. 37 da CRFB/88), deveria prestar à Sociedade. Segundo dados estatísticos do órgão, o ano de 2014 iniciou com 70,8 milhões de processos pendentes e foram protocolados mais 28,78 milhões de casos novos (compreendidas todas as esferas). Em contrapartida, a estrutura e todo o efetivo judiciário têm aumentado timidamente, de modo que a entrada de novos processos tem sido maior do que a saída, deixando a taxa de congestionamento de ações em ascensão ininterrupta.

Desta sorte, ao vivenciar esta crise⁷⁸, o autor buscou, aqui, a justificação teórica, atinente à pesquisa acadêmico-científica, para alavancar hipóteses – não exaurientes – de soluções para as dificuldades e grandes questões práticas enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro. Essa pretensão visa, nos limites do presente trabalho acadêmico, colaborar para minimizar o conceito negativo de atuação desse Poder e, sobretudo, demonstrar possíveis novos caminhos para um melhor tratamento e resolução dos Conflitos judicializados, dada, como dito, a insuficiência do modo convencional de resolução via Sentença, que impõe uma solução coercitiva, imposta pelo Estado e, cogita-se, em algumas circunstâncias, sem eliminar o Conflito em seu conteúdo interior.

Vale advertir que o trabalho não se propõe a sustentar que somente com uma maior aceitação dos métodos não adversariais é que toda a problemática demonstrada pela crise do Poder Judiciário se encerrará – até porque não se desconhece a existência de outros mecanismos de resolução dos Conflitos existentes na Sociedade organizada, a citar como exemplos os conselhos comunitários, sindicatos, associações de consumidores, de mutuários, entre outros,

⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça em números**: relatório de 2015, ano-base: 2014. p. 34. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros). Acesso em: 16 set. 2015.

⁷⁸ Crise: “circunstância na qual um determinado sistema histórico vai expandindo-se progressivamente até o ponto em que os efeitos acumulativos de suas contradições internas o impedem de resolver seus dilemas por meio de simples ajustes em suas instituições governamentais.” (FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. v.111, p. 15-24, mar./abr. 1998. p. 17).

que trabalham neste mesmo sentido pacificador – mas a confirmar que os Meios Alternativos podem ser bons aliados no combate a esta tensão que, pelos números apresentados, parece se solidificar cada vez mais, contribuindo para a descrença de que o Estado tenha papel relevante a desempenhar em uma Sociedade que vive conectada globalmente, portanto conhecedora dos elevados padrões alcançados pelos Países desenvolvidos. Essa mesma Sociedade, porque informada, exige respostas aos problemas atuais de maneira rápida, eficiente, tanto quanto parece ser a velocidade da era digital. Como assinalou o economista americano Krugman⁷⁹, “vivemos numa era de progresso tecnológico sem precedentes, que torna todas as pessoas muito mais eficientes do que antes”, e, portanto, mais propensas a cobrarem este mesmo rendimento de todos os organismos que as cercam.

Ainda que o legislativo brasileiro tenha apresentado propostas para a sistematização do uso de alguns dos Meios Alternativos, com a aprovação, por exemplo, do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), das alterações na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) e da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) – todos os textos legais estudados no relatório final –, parece certo antever que a simples positivação desses mecanismos, sem o necessário incentivo administrativo – tema a ser tratado no corpo da pesquisa –, não será suficiente para o rompimento da predisposição demandista crônica que se percebe na cultura ocidental.

Neste ponto é importante anotar também que no curso do trabalho se adotará a nomenclatura “Meios Alternativos” e não “Meios adequados”⁸⁰. Esta

⁷⁹ KRUGMAN, Paul. **Globalização e Globobagens**: verdades e mentiras do pensamento econômico. Tradução de: Afonso Celso da Cunha Serra. 5.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 111. Título original: *The accidental theorist*.

⁸⁰ Os Métodos Alternativos de resolução de disputas são reconhecidos pela expressão norte-americana ADR (Alternative Dispute Resolution); na Argentina e demais países da América Latina se costuma traduzir a palavra para RAD (Resolución Alternativa de Disputas); na França, fala-se em MARC (Modes Alternatifs de Règlement des Conflits); no Brasil, MASC (Métodos Alternativos de Solução de Conflitos). Calmon observa que a expressão “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” guarda precisão técnica e histórica ao considerar o Poder Judiciário como o método ordinário de pacificação. Assim, por entender que todos os meios de pacificação se complementam e os meios alternativos nem sempre excluem o Judiciário, o jurista passou a adotar a terminologia “Meios Adequados de Pacificação Social”, expressão que considera feliz ao entender que a Jurisdição estatal se apresenta apenas como uma possibilidade de pacificação, não única e nem tampouco mais efetiva. (CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 79-80). No mesmo sentido, Vezzoni entende que o termo “alternativo acaba soando pejorativo, como algo que ‘sobrou’”, concordando que o termo mais apropriado é “adequado”. (VEZZONI, Marina. Sistema normativo de mediação. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves

escolha se justifica não apenas pela grande utilização da primeira locução na maior parte das doutrinas especializadas, mas porque uma das questões de relevo no estudo é a ampla utilização do modo adjudicante em detrimento de qualquer outro método diferente da Sentença. Assim, ainda que se entenda pertinente o termo “Meios Adequados” quando se dispõe a tratar de todas as possibilidades de pacificação de Conflitos e também se reconheça a existência de críticas àquela primeira terminologia, para o estudo em específico foi adotada a expressão “Meios Alternativos” por se acreditar que estes mecanismos são, efetivamente, alternativas à Jurisdição estatal e à cultura demandista.

Ressalva-se, ademais, que a Arbitragem é trabalhada na presente pesquisa ao lado dos demais Meios Alternativos. Ainda que este sistema não se configure como mecanismo não adversarial, porquanto, na Arbitragem, há um terceiro que intervém e decide a lide, a inclusão desse Meio Alternativo no presente estudo – que enfatiza a consensualidade – se justifica por ser ele um método que tem como um de seus princípios a livre vontade das partes, as quais, por exemplo, podem escolher um árbitro especializado na matéria controvertida para definir o Conflito. Ademais, a Arbitragem, ao lado dos demais mecanismos estudados, parece firmar-se, pois, como alternativa ao império da substitutividade judicial.

Ainda, antecipa-se que não se buscou na pesquisa, notadamente quando se relatou sobre as fases de transição histórica das formas estatais, ou quando se falou da Efetividade do Direito no Estado Constitucional brasileiro; de algumas das razões da crise do Poder Judiciário ou ainda quando se fez a abordagem interdisciplinar do Conflito, um maior aprofundamento teórico acerca destas questões, mas tão somente o que pareceu ser necessário para a defesa da afirmação principal da Tese no sentido de uma atuação do Estado Contemporâneo, voltada ao Bem Comum, por meio de uma Jurisdição não adversarial.

No curso da pesquisa, incentivado pela bolsa de estudos concedida pela Universidade do Vale do Itajaí, colocada à disposição da instituição de ensino pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), por meio

do Programa de Bolsa – PDSE (Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior) e também pela bolsa de estudos oferecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), o doutorando esteve por quatro meses na Espanha e em Portugal, concentrando os seus estudos nas Universidades de Alicante e do Minho, respectivamente, e pôde coletar importantes dados relativos ao assunto. Constatou, entre outras conclusões, que a questão da crise do sistema judiciário não é recente, nem mesmo problema exclusivo do Brasil, do contrário, é igualmente vivenciada em solo europeu. Todavia, na Europa, a utilização dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos já se encontra em estágio mais amadurecido, com resultados aparentemente positivos no sentido de uma maior Efetividade na solução de Conflitos judicializados, situação que reforçou a convicção acerca da proposta defendida na presente Tese.

Nesse sentido, foi possível compreender que, sobretudo nos países acima referidos, o enfrentamento dessa insuficiência da atividade jurisdicional estatal, que transcende as esferas do setor público e alcança a Sociedade, tem sido combatida com medidas tendentes à utilização de métodos alternativos na busca por uma solução mais célere e efetiva dos Conflitos, caminho que parece viável de ser trilhado também no Brasil. Assim, essa inefetividade do meio tradicional e formal de solução de Conflito, via Sentença imposta coercitivamente pelo Estado, já não é o único mecanismo à disposição em Sociedades que já haviam alcançado um patamar econômico-social de vida mais elevado. Apresenta-se, assim, a hipótese de que esse grau de evolução também possa ser alcançado no Sistema Judiciário brasileiro.

Necessita também destacar que o fenômeno de inserção paulatina de uma cultura não adversarial⁸¹ no ordenamento jurídico do País aparenta não ser ainda suficiente diante de um cenário de crise que se aprofunda na atividade jurisdicional do Estado, impondo-se a ideia de que é necessário que se organize em plano nacional uma política pública efetiva direcionada ao desiderato. No entanto, é de se reconhecer que há iniciativas louváveis: no Brasil, as decisões do Conselho

⁸¹ Em oposição à Cultura da Sentença, definida por Watanabe como a “mentalidade forjada nas academias e na práxis forense de resolução contenciosa dos conflitos como primeira e, muitas vezes, única alternativa de pacificação social.” (WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7).

Nacional de Justiça, que incluíram os meios alternativos dentre as 7 metas para o próximo biênio (2015-2016), parecem propícias no sentido de contribuir para fomentar o debate sobre o assunto e evidenciar a importância de um novo olhar para a composição dos dissensos no sistema Judiciário brasileiro.

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

1. O Poder Judiciário, no Brasil, não consegue cumprir a contento o seu papel. O crescimento vertiginoso do número de ações ajuizadas, sem que tivesse havido uma proporcional estruturação deste Poder, somado à ausência de alternativas, tem provocado um aumento crescente da taxa de congestionamento dos processos e da insatisfação social. Essa situação agravou-se, sobretudo, após a fase histórica de redemocratização do País, época em que afloraram os direitos fundamentais, expandindo-se o acesso formal ao Judiciário.
2. Instituiu-se no Brasil a Cultura da Sentença, a saber, de pacificação mediante o contencioso judicial como única e não última alternativa para a restauração da harmonia entre os sujeitos. Ao longo dos anos, as matrizes curriculares dos cursos de graduação em Direito têm estimulado a resolução de conflitos por intermédio da força estatal.
3. A utilização dos Meios Alternativos de Pacificação Social demonstra a sua efetividade na medida em que eles se apresentam como institutos menos burocráticos e, por consequência, mais céleres de resolução de conflitos.
4. Os Meios Alternativos de pacificação social podem ser considerados mecanismos eficazes na busca do abrandamento do quadro de morosidade crônica demonstrado pelo Poder Judiciário brasileiro nas últimas décadas. Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese e são aqui resumidos, como segue.

O Capítulo 1 principia com uma análise dos fenômenos sociais e jurídicos que dão azo ao processo histórico-evolutivo do Estado, dada sua importância para a

compreensão da formação e resolução dos Conflitos existentes na atualidade. Na sequência, são definidos e caracterizados Estado e Jurisdição, no contexto mundial, desde o Estado Liberal, passando pelo Welfare State até o atual Estado Constitucional Democrático, notadamente com Hobbes, Montesquieu, Jellinek, Chiovenda, Carnelutti, Kelsen, Heller, Bobbio, Reale, Dallari, Canotilho e Streck. Conceitua-se Direito e Justiça na percepção juspositivista; a eficácia e a Efetividade das normas do ordenamento jurídico pátrio e os fatores que dificultam uma adequada prestação jurisdicional do Estado. Neste ponto, a pesquisa é voltada à análise do Estado brasileiro e sua atual Jurisdição na conjuntura da redemocratização, marco das garantias e direitos fundamentais, notadamente por seus reflexos na questão relacionada ao acesso formal ao Judiciário.

As reflexões e conteúdos teóricos vertidos nesta parte inicial se justificam para demonstrar que parece ser histórico que o processo das transformações sociais acabe provocando a necessidade de mudanças de concepções jurídicas. Estas fases, com enfoque no plano da Jurisdição como atividade estatal, e sua crise (de insuficiência dos serviços), denotam o aspecto da ineficiência do Estado para atender às necessidades de uma Sociedade que vivencia novos e mais complexos Conflitos sociais. Dentro desse panorama de insuficiência da atividade estatal, pondera-se a hipótese de um novo paradigma de atividade jurisdicional, não apenas convencional (adversarial), mas voltada a uma concepção compositiva dos Conflitos, privilegiando não a forma (o procedimento), mas, acima de tudo, o bem-estar da Sociedade – alcance da paz social – a quem o serviço se destina, com a busca de uma solução efetiva do Conflito (antes social, depois judicializado).

O Capítulo 2 apresenta as origens do Conflito, bem como seus reflexos psicológicos, estudo interdisciplinar que aparenta ser necessário, ainda que não se tenha pretensão de abordagem aprofundada, como já foi dito, em razão das características específicas que a resolução dos Conflitos judicializados alcança. Em seguida, aborda-se a garantia de princípios constitucionais como o Acesso à Justiça e a razoável duração do processo, diante da atual crise do Poder Judiciário. Alguns autores dão sustentáculo a esse ponto da pesquisa, entre eles Cappelletti e Garth, Moore e Sarlet. Na sequência, é analisada a crise do Poder Judiciário brasileiro, com

os números e estatísticas divulgados pelo CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, dados com os quais se almeja comprovar o grave momento experimentado pelo setor judiciário no Brasil e a intenção de uma proposta integralizadora dos Meios Alternativos de pacificação.

O Capítulo 3 da presente tese traz uma reflexão sobre a cultura de resolução do Conflito resistido pela via judicial, apontando outros métodos que podem representar um aporte à composição mais eficaz dos dissensos. São destaques: a Negociação; a Conciliação; a Mediação e a Arbitragem, como modalidades mais usuais no Brasil. Cogita-se que a resolução alternativa dos litígios não está fechada em tipologias estritas, pois outros mecanismos são conhecidos e apontados por autores nacionais e estrangeiros. No entanto, não são destacados neste estudo por serem mecanismos híbridos dos quais ainda não se conhece com maior propriedade a Efetividade e não possuem uma construção teórica definitiva. Neste momento também são abordados os rumos à substitutividade imperativa⁸² – por meio das iniciativas legislativas e administrativas mais recentes que disciplinam e fomentam a utilização dos métodos não adversariais de resolução de Conflitos – bem como os óbices à sua difusão.

Para ilustrar os resultados já obtidos nos últimos anos com as iniciativas do Judiciário, são apresentados dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, com números que comprovam a eficácia da Mediação e da Conciliação na concretização da celeridade e economia processual. Estatísticas que serviram de escopo às já citadas metas definidas pelo Conselho Nacional de Justiça para todo o território brasileiro durante o biênio 2015-2016. Exemplo disto são os resultados da última Semana Nacional da Conciliação, ocorrida ao final do ano de 2014, que obteve um índice de 54,77% de acordos realizados na Justiça Estadual em todo o Brasil, considerando as audiências efetivamente realizadas. Os autores de destaque utilizados para fundamentar este trecho da pesquisa são Pasold, Grinover, Watanabe, Calmon e Atienza.

⁸² Característica da Jurisdição. Para realizar a vontade concreta da lei, o Estado-Juiz substitui a vontade das partes pela Sentença para dar uma solução à lide. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 400.)

No Capítulo 4 são conceituadas a Justiça Social e a Função Social, na sua etimologia e aplicabilidade no ordenamento jurídico, como princípio basilar do processo, do Direito e dos Operadores do Direito⁸³. Apresenta-se, também, a questão nuclear da Tese que é a possibilidade da concretização da Função Social do Estado com a utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Essa utilização é abordada como ferramenta viável à materialização da Função Social do Estado Contemporâneo. Com isso, o tema que discutido neste estudo tem como aporte basilar a importância de se propagar, quiçá sistematizar e institucionalizar a utilização dos Meios Alternativos dentro do sistema judiciário brasileiro, visando à pacificação dos Conflitos resistidos, evidenciando-os como ferramentas que possibilitam a atuação efetiva do Judiciário perante a Sociedade a quem deve servir, buscando sua satisfação, seu bem-estar, sua felicidade.

Essa proposta, supõe-se, poderá efetivar a pretendida Função Social do Estado Constitucional Democrático, em caminho que pretende resgatar e fortalecer o ente estatal, diante das vicissitudes que enfrenta em tempos presentes. Nessa senda, os métodos consensuais de enfrentamento dos Conflitos colaborarão para o alcance de resolução também daquela parcela de litígios que brotam em razão de um momento histórico singular, onde as Sociedades estão interligadas, miscigenando culturas, hábitos, vida. Esse novo cenário, propiciador de novos direitos e, portanto, diferentes litígios, autoriza e justifica uma atualização das ferramentas utilizadas pelo Estado-Jurisdição para o alcance da solução das controvérsias, de modo a torná-las tão ágeis e eficientes como parecem estar os movimentos sociais em todos os níveis.

Nessa nova visão, o Estado-Judiciário incorpora dentro de seu sistema legal (formal) uma fase prévia, opcional e voluntária, de resolução das lides pelos diversos meios não adversariais disponíveis e de destaque (Conciliação, Mediação, Arbitragem, Negociação), estabelecendo-se, assim, dentro da atividade estatal uma

⁸³ “Indivíduos versados no Direito (*lawyer*), sejam eles assessores ou conselheiros jurídicos (*counsel*) ou um advogado com autorização para atuar e fazer a sustentação pública em determinados tribunais (*solicitor* ou *barrister*). São estudiosos e praticantes do Direito que discutem e contribuem para a análise dos problemas da teoria do Direito.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 1-2. Título original: *Taking rights seriously*. Primeira edição em: 1977.).

nova cultura do não litígio como regra, e do litígio judicializado como exceção e *ultima ratio*.

O Método utilizado na fase de Investigação é o Indutivo⁸⁴; na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano, e o presente Relatório é composto na Base Lógica Indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, são acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica⁸⁵.

Ressalta-se, por oportuno, que diversas fontes utilizadas advém de textos virtuais, revistas eletrônicas ou sites de órgãos públicos, por se tratar de matérias ainda não suficientemente exploradas pela doutrina tradicional, emanada das editoras.

Nesta Tese de Doutorado, seguindo as diretrizes metodológicas do Curso, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial. As obras em língua estrangeira – exceto portuguesa, de Portugal –, sempre que citadas, são traduzidas livremente pelo autor da Tese, conforme indicado em suas respectivas notas de rodapé. O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados dos resultados obtidos e suas fundamentadas contribuições para a comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos no cenário do Judiciário brasileiro.

⁸⁴ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

⁸⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 57-66, 27-37, 39-56 e 135.

CAPÍTULO 1

ESTADO E JURISDIÇÃO

Sem a pretensão de exaurir o assunto, neste capítulo foram traçados os aspectos caracterizadores das organizações estatais durante os estágios da civilização. Essa resumida abordagem histórica tem como objetivo examinar as transformações ocorridas durante a evolução das sociedades, para justificar a hipótese de que em tempos atuais também experimentamos mudanças, que assim parecem ser frequentes e contínuas, em relação às quais o Direito precisa estar preparado e, igualmente, encontrar soluções de adaptação.

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS E HISTÓRICAS SOBRE ESTADO E JURISDIÇÃO

1.1.1 Considerações iniciais

A compreensão dos fenômenos sociais e jurídicos que influenciam no convívio da humanidade em tempos atuais é facilitada pelo estudo das origens e evolução das instituições afins criadas a partir da inteligência humana. O Estado, entre essas instituições, goza de importância ímpar, na medida em que se compreenda que foi concebido para eliminar violências, distorções, injustiças e promover o bem-estar geral da pessoa humana.

O interesse desse estudo evolutivo histórico do Estado e o protagonismo que merece parecem fornecer elementos de compreensão aos problemas atuais, projetando ideias e possíveis soluções ao devir. Estes elementos que conectam os modelos estatais das épocas passadas aos atuais serão estudados com amparo em Hobbes, Jellinek, Heller, Bobbio, Dallari entre outros.

A necessidade de repensar as funções do Estado aparenta ser ainda mais evidente quando se observa que o campo das grandes e mais importantes decisões que afetam o dia a dia das pessoas tem se deslocado do político-jurídico da esfera estatal para o palco econômico, onde atuam os grandes grupos

empresariais, situação que coloca em discussão entre os mais céticos a própria necessidade de existência do ente estatal.

Em paralelo, parece certo afirmar que a complexidade da vida pós-moderna traz às organizações estatais desafios ainda mais difíceis de suplantar do que aqueles surgidos com o *Welfare State*. A tarefa de alcançar os níveis sociais dos Países desenvolvidos, naqueles outros, subdesenvolvidos ou emergentes, ou de manter, naqueles em que este patamar já foi alcançado, é acrescida aos novos impasses derivados dos diferentes problemas surgidos em razão da Globalização e das crises econômicas. Há, por esse prisma, questões atuais que envolvem a atividade jurisdicional estatal que autorizam e até recomendam uma reflexão com base em aportes históricos.

Dito isto, far-se-á na sequência um introito das transições das formas estatais pré-contemporâneas. Remontando-se às épocas longínquas, colocar-se-ão em voga, brevemente, os traços que caracterizaram as organizações estatais durante os estágios da civilização; tais elucubrações não pretendem assumir um caráter inflexível e sistemático, ou mesmo exaustivo, mas meramente especulativo, porquanto, conforme disse Jellinek⁸⁶, as formações primárias do Estado constituem-se de meras conjecturas e dificilmente se poderia chegar a um completo acordo sobre estes tipos originários, especialmente no que se refere à construção dos primórdios da vida social, tendo-se, portanto, de se estabelecer tipos bastante genéricos.

Esta tarefa de delimitar as passagens da história da humanidade, que levou os povos a se congregarem em um modelo de Estado atual, é tão penosa que Heller⁸⁷ chegou a concluir que sempre que se almejou fazer tal coisa, desviou-se, em geral, daquilo que considera como primordial ao estudo.

Em vista disto, o exame histórico contemplará as pesquisas de estudiosos que tentaram condensar todos os grandes acontecimentos das épocas ancestrais,

⁸⁶ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 199. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

⁸⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 318. Título original: *Staatslehre*.

estruturando as suas análises de maneira que fosse possível perceber certa conexão entre os acontecimentos da história política dos tempos idos, sem que estes nexos transacionais fossem, contudo, definitivos.

É bom que se diga, em princípio, que, consoante Jellinek⁸⁸, o processo primário de formação do Estado foi, ao mesmo tempo, um processo de formação do Direito; de sorte que, historicamente, Estado e Direito têm estado, desde o princípio, entrelaçados e esta tenacidade faz que sejam estudados em conjunto.

Em sua incursão geral sobre as formações primeiras do Estado, Jellinek⁸⁹ entende que as associações supremas e complexas, a que hoje denominamos de Estado, principiaram com o assentamento dos homens no solo. A formação destas associações, com um fundamento territorial, congrega-se com a formação de uma ordem jurídica que tem suas bases sólidas nas concepções sociais dos tempos primitivos.

No que compete ao processo secundário de formação do Estado, sem deixar de se considerar os aspectos acima referidos, Jellinek⁹⁰ propôs que, dentro de um tipo geral, o Estado pode ser particularizado de diversas maneiras. Entende ser altamente instrutivo considerar os tipos de Estado que possuem uma relação histórica com o Estado atual. Assim, definiu como tipos importantes: os Antigos Estados Orientais, o Estado Grego, o Estado Romano, o Estado da Idade Média e, por fim, o Estado Moderno.

Em estudo aprofundado sobre estas formações iniciais, Jellinek⁹¹ defende que o conhecimento que se tem acerca da natureza e das instituições dos Estados Orientais é bastante defeituoso. Entretanto, afirma que não pairam dúvidas acerca do fato de que o Estado israelita teria sido o mais importante dentre os Estados Orientais, mormente porque as suas instituições, conforme descritas na Bíblia, não

⁸⁸ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 199.

⁸⁹ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 200-201. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

⁹⁰ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 215. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

⁹¹ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 216. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

apenas influenciaram na constituição da igreja primitiva, como também inspiraram algumas das ideias políticas da Idade Média e da Era Moderna.

Avançando no tempo e alcançando a Antiguidade Clássica, observa-se que o Estado helênico também agrega fundamentos importantes para o desenvolvimento do Estado e do Direito, apesar de inexistir, conforme aponta Dallari⁹², notícia de um Estado único, reunindo toda a civilização grega.

Como nota fundamental deste modelo estatal, Pasold⁹³ realça a onipotência do Estado grego, o qual desvalorizava o indivíduo. A liberdade grega consistia apenas na possibilidade de os indivíduos participarem da formação das leis, porém estas se sobrepunham aos indivíduos de forma que eles não possuíam qualquer liberdade no sentido mais importante que este conceito dispõe ao homem moderno. A liberdade antiga significava, pois, a participação do indivíduo no Estado, que deveria estar a serviço do bem do próprio Estado.

Por outro lado, há de se reconhecer, segundo Abreu⁹⁴, que a conquista da “liberdade de expressão”, que assegurava ao cidadão o Direito de criticar publicamente os detentores do poder, e a “igualdade de direitos”, que permitia o acesso de todos os cidadãos livres ao poder, são legados da “democracia” ateniense.

Por sua vez, Wollheim⁹⁵ destaca que “aos antigos gregos [...] devemos os exemplos mais antigos de democracia na teoria, na prática, e também na própria palavra”, mas, ainda, em que pese este precursorismo helênico, a acepção que se possa dar à democracia grega deve estar revestida de cuidado, haja vista as variáveis presentes na forma política em questão – que foi constituída ao longo dos

⁹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

⁹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 13. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 156.

⁹⁵ WOLLHEIM, Richard. Democracia. In: CRESPIGNY, Antony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). **Ideologias Políticas**. Tradução de Sérgio Duarte. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 93. Título original: *Ideologies of politics*.

tempos. Duverger⁹⁶ completa afirmando que “as pretensas democracias antigas de democracia só tinham o nome: somente os homens livres é que tinham direito de participar da Assembléia, ficando de fora os escravos que não dispunham tanto de direitos políticos como [...] civis”.

Matos⁹⁷ assegura que na história helênica antiga, a democracia possuía uma conotação negativa, tanto que pensadores respeitados como Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, John Locke, Montesquieu e James Madison se opunham à democracia.

Refutando todo este contexto conflitivo que pairava sobre a forma democrática da Grécia Antiga, Fioravanti⁹⁸ atribui à democracia grega – a qual ele considera ter sido uma forma triunfante de governo – o uso da ideia concreta do conceito de *politeía*, que atualmente se traduz no sentido de Constituição.

Antes mesmo de adentrar ao estudo dos séculos que marcaram o período compreendido como a Idade Média, importante ainda transitar na Antiguidade Clássica, em especial, no modelo estatal desenvolvido da Roma Antiga, que muito se assemelhou às formas de governo da antiga Grécia.

Como primeiro destaque acerca do Estado Romano, Dallari⁹⁹ sopesa que não se pode falar deste modelo estatal como um projeto bem esquematizado e uniforme, por saber-se que sua gênese remonta em um pequeno agrupamento humano que experimentou várias formas de governo e expandiu o seu domínio por uma grande extensão do mundo, atingindo povos de costumes e organizações absolutamente díspares, almejando a constituição de um império mundial.

Faltou aos romanos, assim como aos gregos, uma clara consciência jurídica de uma esfera política de liberdade. A ideia de que apenas à lei e, por conseguinte, a uma autoridade limitada, devia se submeter o povo era tão assente

⁹⁶ DUVERGER, Maurice. **Os Regimes Políticos**. 2.ed. Tradução de: Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966. p. 17. Título original: *Les Partis Politiques*. Primeira edição em: 1951.

⁹⁷ MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012. p. 17-20.

⁹⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 18.

⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

em Roma quanto na Grécia. Porém, a qualidade de cidadão foi reconhecida pelo sagaz espírito jurídico romano. A personalidade individual frente ao Estado somente era reconhecida em sua plenitude quando se tratava de cidadão.¹⁰⁰

Entre os gregos e romanos, a lei era a princípio parte da religião¹⁰¹. Coulanges¹⁰² acentua que “os antigos códigos das cidades eram um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de preces, ao mesmo tempo em que de disposições legislativas”.

Oportunamente, Barroso¹⁰³ introduz que “o direito romano compreende o conjunto de normas que regem a Sociedade romana em suas diferentes fases, desde as origens (Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano de 565 d.C., com a morte de Justiniano.” Portanto, o Direito romano engloba o período que vem antes da Lei das Doze Tábuas, de 449 a.C., e chega até os trabalhos de compilação denominados de *Corpus juris Civilis*. Conclui que às vésperas da era cristã, com a queda da República em Roma, “o constitucionalismo, como ideia e como prática política, desapareceria do mundo ocidental. O monumento jurídico representado pelo direito romano, que atravessou os séculos, foi a matriz imperecível do direito civil, não do direito constitucional”.

Deixando a Antiguidade Clássica, Dallari¹⁰⁴ observa que não seria tarefa das mais simples a busca das características de um modelo de Estado Medieval, por se tratar de um dos períodos históricos mais instáveis e homogêneos.

Jellinek¹⁰⁵ apresenta a história do medievo afirmando que esta época foi marcada por formações políticas bastante rudimentares, mas que evoluíram paulatinamente até chegarem ao que hoje se denomina “Estado”. Acrescenta que

¹⁰⁰ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam. São Paulo: Ebooks Brasil, 2009. p. 198. Título original: *La Cité Antique*.

¹⁰¹ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam. São Paulo: Ebooks Brasil, 2009. p. 163. Título original: *La Cité Antique*.

¹⁰² COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam. São Paulo: Ebooks Brasil, 2009. p. 140-141. Título original: *La Cité Antique*.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43.

¹⁰⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73-74.

¹⁰⁵ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 238. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

neste processo de desenvolvimento o Estado da Idade Média sofreu, inicialmente, os influxos do Império Romano.

Heller¹⁰⁶ também agrega que as formas de pensamento antigo exerceram importante influência nas concepções políticas medievais. O autor encontra na doutrina de Cristo o meio paralisador da antiga concepção da *polis*. Os pensamentos cristãos subverteram profundamente o conceito de Estado totalitarista e despótico absorvido pela Antiguidade, pois o seu domínio passava a ser limitado pelos ideais inspirados no Cristianismo. Coulanges¹⁰⁷ elege, portanto, o cristianismo como sendo o marco inicial da Idade Média.

Jellinek¹⁰⁸ observa que “la teoría románico-canónica de la Edad Media es la que por sua vez primera, y valendose de ideas completamente extrañas a las primitivas germanas, considero al pueblo como quien otorgaba a la persona del rey su representación”, considerando, assim, o Direito real como derivado do Direito popular. Este dualismo passou a ser acentuado com os progressos do feudalismo.

Nesta linha, Heller¹⁰⁹ acrescenta que “nos tempos medievais foi também desconhecida a ideia de uma pluralidade de Estados soberanos coexistindo com uma igual consideração jurídica”. Explica que o Estado feudal não conheceu uma ordem jurídica unitária, de forma que diversos tribunais ditavam as suas Sentenças “com uma independência quase absoluta uns de outros e segundo as suas próprias representações jurídicas”¹¹⁰.

Bulos¹¹¹ acredita que “na era medieval, encontraram-se as mais claras apologias ao poder limitado dos governantes e a mais explícita reivindicação do

¹⁰⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 33. Título original: *Staatslehre*.

¹⁰⁷ COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam. São Paulo: Ebooks Brasil, 2009. p. 351. Título original: *La Cité Antique*.

¹⁰⁸ “a teoria romano-canônica da Idade Média é a que pela primeira vez, valendo-se de ideias completamente diferentes das primitivas germanas, considerou o povo como quem outorgava à pessoa do rei a sua representação” (tradução livre do autor da presente Tese). JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 239.

¹⁰⁹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 159. Título original: *Staatslehre*.

¹¹⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 159. Título original: *Staatslehre*.

¹¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

primado da função judiciária.” O exemplo clássico desta busca pela limitação dos poderes teria vindo com o advento da *Magna Charta Libertatum*¹¹², outorgada em 15 de junho de 1215.

Ao final da Idade Média, conforme destaca Barroso¹¹³, “já avançando no século XVI, consolida-se a forma política superadora das cidades antigas (*pólis* grega e *civitas* romana) e do modelo feudal (com principados e feudos subordinados a um Império): o Estado Moderno, soberano e absolutista.”

Traçadas algumas linhas não exaurientes daquilo que hoje se denomina "Estado", passa-se, então, a analisar a nova fase evolutiva denominada Estado Moderno.

Abreu¹¹⁴ observa que “alguns pensadores, como Heller, remetem ao Estado Moderno a gênese do Estado”.

Para Streck e Moraes¹¹⁵, não pairam dúvidas acerca do fato de que foi Maquiavel o cunhador da expressão – Estado – no conhecidíssimo *Il Príncipe*. Nesse sentido, um dissenso existe em torno da formação do Estado Moderno; assim, constroem a dicotomia assente entre os estudiosos no assunto, questionando: “Afim, Estado Moderno por quê? Houve então um Estado Antigo?”.

Seguindo esse Conflito que chega às vias terminológicas, Burdeau¹¹⁶ comunga o pensamento de que as origens do Estado só podem ser procuradas a partir do momento em que os homens do século XVI passam a sentir a necessidade

¹¹² É importante observar que este documento – que antecedeu as declarações de direitos fundametais – teria sido “o reflexo das necessidades sociais do seu tempo, abrindo precedentes que se incorporariam, em definitivo, às constituições vindouras”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

¹¹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito**. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 58-59.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 39.

¹¹⁶ “As origens do Estado só podem ser procuradas quando começa a existir um organismo que, aos olhos dos homens do século XVI, surgiu como suficientemente novo para que eles sentissem a necessidade de dotar um nome” (tradução livre do autor da presente Tese). BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éditions du Seuil, 2009. p. 29.

de nominar esta organização social. Em suas palavras, “les origines de l'État doivent se prendre alors seulement que commence à exister un organisme qui, aux hommes du XVI siècle, apparut comme assez neuf pour qu'ils sentissent le besoin de le doter d'un nom”.

Streck e Morais¹¹⁷ acrescentam argumentos a esta discussão afirmando que “independentemente do ‘nome da coisa’ ou do mérito dos argumentos alinhavados a favor de uma tese ou de outra, é importante deixar assentado que o Estado Moderno é uma inovação”.

Realmente, Heller¹¹⁸ observa que a palavra “Estado” marca um fato totalmente novo. Para o autor, “as origens propriamente ditas do Estado Moderno e das ideias que a ele correspondem devem procurar-se, não obstante, nas cidades-repúblicas da Itália setentrional na época da Renascença”.

Abreu¹¹⁹ analisa que “tem-se por moderno o pensamento e as novas estruturas que irromperam na história europeia a partir de um novo estágio histórico, decorrentes de profundas e revolucionárias alterações verificadas nos séculos XVI e XVII”. Assinala que a racionalização foi marca característica da modernidade, “impulsionando a modernização da sociedade e da cultura, teve sua expressão na distinção entre as esferas sociais e axiológicas, desgarrando-se da religião”.

Soares¹²⁰ explica que a evolução do Estado Moderno consistiu, fundamentalmente, na transferência dos meios reais de autoridade e de administração do domínio privado para a propriedade pública, visto que o poder de mando, até então exercido como um Direito individual e absoluto, passou a ser do Estado.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 39.

¹¹⁸ Heller também afirma que teria havido uma manifestação antecipada do Estado Moderno “na primeira metade do Século XII na Sicília pelo genial Frederico II, que tirou de forma radical ao sistema feudal, o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 162. Título original: *Staatslehre*.

¹¹⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 63.

¹²⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 82-83.

Avançando nessa linha histórica, parece aceitável defender que o Estado Contemporâneo teve suas raízes nas transformações que aconteceram, principalmente, durante o Estado Moderno. Para Santos¹²¹ “pós-modernismo é o nome aplicado às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades avançadas desde 1950, quando, por convenção, se encerra o Modernismo.”

Dantas¹²² afirma que “o Estado Moderno-Contemporâneo [...] em seu aspecto ideológico tem variado bem mais rapidamente que as outras formas que o antecederam, transformando-se em apenas alguns séculos (do XVI até hoje) desde uma concepção absolutista até social”.

Tendo alcançado o Estado Contemporâneo – a partir do Estado Moderno e da vitória liberalista – o sistema da tripartição dos poderes e presente uma aparente fragilização de suas ações, derivadas da Globalização e do agigantamento político do setor econômico-financeiro, cogita-se repensar um novo modelo de atuação do Estado em todos os papéis para os quais originalmente foi concebido, em especial no tocante ao serviço Judiciário. É que não se desconhece que tanto quanto ou mais que os demais poderes, o Judiciário não tem conseguido cumprir a contento seu papel de controle e de fomentador da harmonia e bem-estar, portanto, sua importante função social.

Neste ponto, é bom que se diga, para efeitos conceituais, que “o Estado Constitucional Moderno é gênero, do qual Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem-Estar, Estado Contemporâneo e todas as outras denominações [...] são espécies”.¹²³

Na sequência, e igualmente com o propósito de se sustentar um novo formato de atuação mais voltada aos seus fins sociais, será feita uma breve análise destes formatos históricos de Estados, conjugada à apreciação do contexto

¹²¹ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno?** São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 7-8.

¹²² DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 77.

¹²³ CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional moderno. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 207-208.

jurisdicional de cada momento histórico, a fim de que se visualize uma parcela do desenvolvimento humano, no plano do Direito.

1.1.2 Da Jurisdição no Estado Constitucional Liberal

Lançados alguns argumentos condutores a uma compreensão, dentro da proposta do presente estudo, das origens históricas das formas primitivas de Estado, conveniente para que se possam melhor demonstrar as raízes e fundamentos das transformações que passaram a surgir notadamente a partir da Revolução Francesa, transformações que se sucedem até os tempos atuais e que parecem apontar a necessidade de um Estado que melhor atenda, em sua tarefa jurisdicional, à crescente e congestionada demanda de Conflitos judicializados que se amontoam nas prateleiras e computadores dos Tribunais do Brasil, adentra-se, então, na análise do fenômeno do Estado Liberal, para se alavancar sua compleição jurisdicional.

O Estado Liberal marcou a segunda fase do Estado Moderno, precedida pela primeira versão absolutista, a qual serviu fundamentalmente para a passagem do modelo feudal para o moderno. Bastos¹²⁴ entende que o Estado Liberal teria sido “o coroamento de toda luta do indivíduo contra a tirania do Estado”.

De fato, amparados nas ideias do contratualista Rousseau, os revolucionários franceses inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno. Conforme lecionam Streck e Morais¹²⁵, na virada do século, a parcela da burguesia que já dispunha do poder econômico anunciava a ingerência mínima do Estado na vida social, por considerar a liberdade contratual como um Direito natural dos indivíduos. Esta classe inadmitia, a partir de então, a sua abstração do mando político, passando a desejar “o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político”.

¹²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138/139.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 51.

Com efeito, Abreu¹²⁶ agrega que do século XVIII ao século XX, “o mundo atravessou duas grandes revoluções: a da liberdade e a da igualdade, seguidas de mais duas, nas últimas décadas: a revolução da fraternidade, focada no homem concreto [...] e a revolução do Estado Social”. Com o ciclo destas revoluções, somadas ao pensamento político e filosófico liberal, “nasce o Estado Constitucional, consolidando as liberdades negativas, a separação dos poderes e um período assinalado por individualismo e por uma visão de Estado Liberal estruturada sob o signo da igualdade formal”.

O perfil do liberalismo político é traçado por Locke, ao sustentar a necessidade de uma limitação do poder estatal. Os consentimentos deveriam ser dados pelos indivíduos, assim, Merquior¹²⁷ definiu que “o contratualismo de Locke representou a apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno” considerando que “os direitos pessoais provém da natureza, como dádiva de Deus, e estão longe de dissolver-se no pacto social”.

Cruz¹²⁸ aponta que “o liberalismo político, cujo fundador foi reconhecidamente John Locke, no século XVII, só mais tarde iria convergir no sentido de liberalismo econômico, instituído primordialmente por Adam Smith, no século XVIII”.

Bobbio¹²⁹ leciona que há uma dificuldade em conceituar o termo liberalismo pelo fato de a doutrina liberal ter sido construída com base no pensamento de diversos autores – como Locke, Montesquieu, Adam Smith, John Mill, Tocqueville – que trabalharam o liberalismo em suas próprias áreas.

Desta feita, em Direito, o liberalismo representava o Estado mínimo, que deveria intervir na menor escala possível na vida social. No campo da economia, a

¹²⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 469-471.

¹²⁷ MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 45.

¹²⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 89.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e a noção dos Clássicos. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 103. Título original: *Teoria Generale Della Política*.

obra de Adam Smith, “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776, descrevia perfeitamente os desejos dos grandes proprietários e comerciantes, pois sustentava que “cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade”.¹³⁰

No âmbito da política, embora entusiasta do jusnaturalismo, em especial das idéias de Rosseau, Stuart Mill¹³¹ compôs, em meados do século XIX, a obra intitulada *On Liberty*, que viria a se firmar como doutrina liberalista naquele século. Mill¹³² afiançava, como objetivo de seu ensaio, afirmar um princípio destinado “a reger em absoluto a interação da Sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controle, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública”. Tal princípio, que justifica a interferência, individual ou coletiva, de um indivíduo na liberdade de ação de outro, é a autoproteção. Por este princípio, Mill entendia que uma pessoa não poderia ser forçada a fazer ou deixar de fazer algo “porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto”, para ele, estes argumentos até servem de base para persuadir o indivíduo, mas não para forçá-lo, ou para lhe causar algum mal caso aja de outro modo.

Rosanvallon¹³³ considerou, todavia, que a teoria liberalista não foi capaz de estabelecer claramente os limites do poder do Estado na Sociedade.

Assim, apesar de todos os avanços compreendidos pela superação do absolutismo, Dallari¹³⁴ entende que o Estado Liberal criou as condições para sua própria superação. Para o autor, “a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos

¹³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 278.

¹³¹ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Moreira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 28. Título original: *Gesellschaft und Freiheit*.

¹³² MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Moreira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 28. Título original: *Gesellschaft und Freiheit*.

¹³³ ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Uihôa. Goiânia: editora da UFG, 1997. p. 49-50. Título original: *La Crise de l'État-providence*. Primeira edição em: 1981.

¹³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 280-281.

ou menos escrupulosos”. De outra ponta, a concepção individualista da liberdade também impediu o Estado de proteger os menos afortunados, sendo esta a causa de uma crescente injustiça social.

Nessa mesma linha de pensamento, Cademartori¹³⁵ afirma que a marca característica de uma Constituição vinculada a um Estado de Direito Liberal é a incorporação de proibições apenas em garantia dos direitos de liberdade, infirmando, pois, as obrigações correspondentes aos direitos sociais. Destarte, “enquanto o Estado de direito liberal deve apenas *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve também melhorá-las”.

Bonavides¹³⁶ afirma que “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo”, pois “o poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.”

Em linhas gerais, pode-se dizer que os fundadores do Estado Liberal “perderam de vista a realidade [...] assim como a República de Platão, que fora arquitetada no mundo das ideias, o Estado Liberal seria realizável [...] numa coletividade de deuses, nunca numa coletividade de homens”.¹³⁷

Evidenciando essa hipótese de declínio, no auge da Segunda Revolução Industrial, em razão das condições sociais dos operários, o Papa Leão XIII elaborou a Carta Encíclica *Rerum Novarum*. No documento, o prelado destacava todo o contexto social da época e passava a dispor as direções para onde deveria convergir o Estado. O manifesto propôs um rol de medidas necessárias para o equilíbrio social, prevendo, dentre outras medidas, que os donos das indústrias “não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão”.¹³⁸

¹³⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 159.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

¹³⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 9.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978. p. 145.

¹³⁸ LEÃO XIII, Papa. **Encíclica Rerum Novarum**. Sobre a condição dos operários. Tradução de Manuel Alves da Silva. Roma: 1891.

A Encíclica se tornou um marco de transição da doutrina liberal para a Social e, conforme Martins¹³⁹, o documento foi elaborado em uma fase “de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão”. Esta situação, ou inovação, no sentido da intervenção do Estado para o bem da Sociedade, dará lugar ao surgimento do Estado Social, o qual será tratado em tópico oportuno.

Parece ser conveniente ao horizonte que se quer alcançar no presente trabalho, que mira a problemática da atividade jurisdicional no Brasil e traz à discussão a ideia de uma atuação estatal voltada também à solução não adversarial, portanto de cunho não litigioso-formal, que se aborde, dentro das limitações já referidas, o modelo de Jurisdição na concepção liberal.

As teorias da Jurisdição são reflexos dos valores presentes em dada Sociedade e em seu momento histórico, transformando-se – ou mesmo evoluindo – com a passagem dos tempos. Sendo assim, para os fins traçados de compreensão dessa evolução histórica no sentido de se alcançar, igualmente, a compreensão do momento atual, analisar-se-á o modelo jurisdicional proposto e instituído no âmbito de um Estado Liberal de Direito.

Inicialmente, convém estabelecer a separação feita por Matteucci¹⁴⁰ ao definir o conceito de liberdade. Em sua concepção, a liberdade pode ser entendida de duas maneiras: poder fazer ou deixar de fazer algo sem ser impedido ou molestado por quem quer que seja; ou o indivíduo deve se submeter apenas às regras com as quais concorda. Assim, aquele que quer o menor número possível de limitações às liberdades individuais é liberal, e aquele que deseja o maior número de regulamentações é democrata.

Em Abreu¹⁴¹, encontra-se registrado que o Estado Liberal “recebeu sua

¹³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: Atlas S.A., 1999. p. 35.

¹⁴⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 27-28.

¹⁴¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 121.

forma jurídica a partir de dois movimentos históricos paralelos – o das Constituições e o das codificações, inspirados no pendor de então à regra escrita, considerada superior às normas costumeiras”.

Ao citar a clássica exposição de Direito Administrativo de Otto Mayer – a ideia de *Rechtsstaat*, no sentido de um Estado Liberal –, Zagrebelsky¹⁴² descreve a forma jurisdicional assente em um modelo liberal de regime de governo. Assim, anota que a proposta liberalista caracteriza-se pela concepção da lei como um ato deliberado de um Parlamento e se concretiza, em primeiro lugar, com a supremacia da lei sobre a Administração; em um segundo momento, com a subordinação à lei, e somente à lei, dos Direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, de que poderes autônomos da Administração possam decidir sobre eles; e, finalmente, com a presença de juízes com competência exclusiva para a lei, e somente a lei, às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a Administração do Estado. Portanto, o sentido geral do Estado Liberal de Direito consiste no condicionamento da autoridade do Estado à liberdade da Sociedade, no marco do equilíbrio recíproco estabelecido pela lei.

Bonavides¹⁴³ também pontua que neste modelo de governo a preocupação suprema dos juristas era com “a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento.” Prossegue afirmando que “o Direito no Estado liberal dos normativistas, via de regra, se lê e interpreta segundo os cânones de Savigny.”

Ensina Ferrajoli¹⁴⁴ que “na tradição liberal, o Estado foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos, da vida e da liberdade.” Continua o jurista afirmando que “as garantias liberais ou negativas consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar de viver e de deixar de fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.”

¹⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003. p. 23.

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 19.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: uma teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 690. Título original: *Diritto e ragione*.

Importa sublinhar a ressalva feita por Marinoni¹⁴⁵ ao dizer que, neste momento histórico, “a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico”, diferente do que ocorre atualmente com a tutela inibitória (art. 461 § 5º do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor). Assim, anota que “a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela *poderia* violar a lei”. Nesta época, o conceito de Jurisdição, portanto, não englobava a tutela preventiva, restringindo-se à reparação do Direito efetivamente violado.

Este era, portanto, um Estado legislativo que se impunha mediante o princípio da legalidade. Abreu¹⁴⁶ aponta o princípio da legalidade como sendo a primeira garantia do Direito público moderno ou contemporâneo, esclarecendo que foi no período iluminista que amadureceu a concepção legalista do Direito “com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantia a estabilidade das normas e seu conhecimento.”

Heller¹⁴⁷ afirma que “na luta contra a arbitrariedade absolutista acreditou-se poder assegurar a legitimidade pela legalidade, de tal maneira, que o povo vinha ditar lei [...] e o resto da atividade estatal devia submeter-se às mesmas.”

Para Marinoni¹⁴⁸, “o Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da Sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição.” Explica que tal princípio acabou

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

¹⁴⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito..** São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 87.

¹⁴⁷ HELLER, Hermam. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou. p. 265.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

por elevar a lei “a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*”. Assim, em face deste princípio, a administração e os juízes permaneciam cristalizados perante os ditames da lei, “impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei”. No modelo Liberal, a lei era elevada a uma posição que dispensava a interpretação do juiz, de forma a solucionar e justificar genuinamente um Conflito social. O Direito estaria presente apenas na norma jurídica. A validade da lei não possuía estreita relação com a Justiça, era necessário apenas que fosse produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.

No plano da organização jurídica do Estado, observa Zagrebelsky¹⁴⁹ que o princípio da legalidade traduzia, em termos constitucionais, a hegemonia da burguesia que se expressava na Câmara representativa. Era um retrocesso aos poderes Executivo e Judiciário que de poderes autônomos passaram a estar subordinados à lei. Assim, pondera o autor que, de forma geral, o princípio da legalidade expressa a ideia da lei como ato normativo supremo e não oponível a nenhum outro Direito mais forte, qualquer que seja a sua forma ou fundamento, “ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto”.

Desta forma, resta claro que no período de desenvolvimento do Estado Liberal, em função do princípio da legalidade, os poderes Executivo e Judiciário ficavam submetidos ao Poder Legislativo, porquanto aqueles poderiam atuar somente se autorizados ou nos limites permitidos por este poder estatal.

Do que se expôs, parece possível entender que esse período assistido pelo ideário liberal foi marcado pela convicção de que a autonomia da vontade do indivíduo, bem como as possibilidades criadas pela capacidade de cada um, deveriam prevalecer. Todavia, também parece certo considerar que, ainda que os influxos liberais tendessem para o afastamento do absolutismo monárquico, a

¹⁴⁹ “[...] nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma superior ‘razão de Estado’, nem a inaplicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um Direito maior” (tradução livre do autor da presente Tese). ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003. p. 30.

Sociedade, substitutivamente, manteve-se atrelada ao mando da burguesia que compunha as assembleias legiferantes, em especial porque o papel dos juízes era o de apenas aplicar o texto puro da lei, sem espaços para a invocação de preceitos morais públicos.

Parece certo supor, então, que estava distante, ainda, a ideia de uma Jurisdição com finalidade ou meta voltada ao bem comum ou em sentido de uma função social.

Dito isto, acredita-se ser possível afirmar que no modelo liberal o poder de julgar tornava-se inócio frente à supremacia do Poder Legislativo. Neste sentido, como afirmou Montesquieu¹⁵⁰, “dos três poderes [...] o de julgar, de alguma maneira, é nulo.”

No entanto, se no Estado Liberal a lei firmava-se como expressão da vontade do Estado, capaz de prevalecer incondicionalmente em nome de interesses transcendentais próprios¹⁵¹, no Estado Social parece ter havido mudanças significativas na esfera jurídica individual e coletiva dos jurisdicionados. Mudanças essas que mais uma vez justificam esse esforço histórico das formas de Estado e de Jurisdição, pois se sustenta a hipótese de que a partir desse formato de Estado Social o foco de preocupação da atividade jurisdicional também passou, aos poucos, a se transformar.

1.1.3 Da Jurisdição no Estado Constitucional Social

Como já enfatizado, o modelo atual de Estado é fruto, também, de transformações provocadas pela evolução social e cultural dos povos. Essas etapas sucessivas e evolutivas foram forjando – processo que não encontrou e, presume-se, não encontrará solução de continuidade – uma estrutura de atuação jurisdicional do Estado cada vez mais vinculada às necessidades sociais, advindas das crises em diversos setores, dada a insuficiência do modelo liberal.

¹⁵⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Andrada Dias Barbosa. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 172.

¹⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003. p. 23.

A experiência histórica parece não ter confirmado todas as previsões do ideário liberal, assim, a feição clássica daquele tipo estatal cedeu espaço a um modelo de Estado Social – também denominado de Estado do Bem-Estar Social ou de *Welfare State*.¹⁵²

As crises financeiras e econômicas que se sucederam durante o século XX comprovaram a inconsistência do modelo liberal autorregulador da economia para promover, de forma eficiente, o desenvolvimento da riqueza nacional. Na medida em que essas crises se alavancavam, a ingerência do Estado, até então – de certo modo – dispensável, passou a ser cogente “para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais que não disciplinavam a sua economia por meio de um planejamento centralizado, como se dava nos países comunistas.”¹⁵³

Abreu¹⁵⁴ postulou que o Estado Social foi chamado a interferir na Sociedade “para pôr fim às enormes desigualdades que separavam os poucos ricos de uma multidão de pobres e miseráveis”.

Streck e Morais¹⁵⁵ assinalam que foram grandes os fatores que fizeram a passagem do modelo de Estado Liberal para o Estado Social, dentre eles estão o favorecimento das posições monopolísticas na economia em razão da liberdade de mercado; as crises recorrentes do mercado capitalista que acabavam por incitar as diferenças sociais; o desenvolvimento das teorias socialistas e a luta pelos direitos fundamentais.

No Estado Social, os direitos fundamentais convertem-se em fundamentos de direitos a prestações em face do Estado, ou pelo menos em fundamentos de tarefas do Estado, “[...] as garantias de liberdade são aqui

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 139-140.

¹⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 142.

¹⁵⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 474.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 72.

entendidas não só como permissão do *laissez faire*, mas também como garantias das condições do desenvolvimento da liberdade”, consoante Zippelius¹⁵⁶. E, para o autor, “o princípio da igualdade de tratamento converte-se em veículo para alcançar além de uma igualdade jurídica meramente formal, um nivelamento social e principalmente econômico”. Desta forma, o Estado torna-se cada vez com maior intensidade um gestor do geral e da Justiça social, uma vez que “neste contexto se redistribuem liberdades e bens, à intensificação da previdência do Estado social, por um lado, corresponde uma restrição das liberdades, por outro”.

Santos¹⁵⁷ anota que a partir do Estado do Bem-Estar, a proteção jurídica da liberdade deixa de ser um mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo que só se concretiza mediante os serviços do Estado. Trata-se de uma liberdade que, longe de exercer-se contra o Estado, deve ser exercida por este; o Estado passa, portanto, a assumir a gestão da tensão que ele mesmo cria, entre Justiça social e igualdade formal, e desta gestão estão encarregados, embora de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado.

Zippelius¹⁵⁸ aponta que esta tendência do Estado para a promoção do bem-estar “revela-se principalmente no facto de as preocupações com esse bem-estar terem constituído cada vez mais uma tarefa administrativa”. O início desta tendência esteve ligado à municipalização dos abastecimentos e comunicações locais e a estadualização dos correios e caminhos de ferro; e, posteriormente, em matéria de bem-estar a interferência do Estado generalizou-se e passou a dar conta de outros domínios como a segurança social, a proteção no trabalho, o seguro contra o desemprego, a política sanitária e os abonos de família, a política escolar entre outros.

Como explana Bastos¹⁵⁹, “o Estado passou a assumir um papel, de início,

¹⁵⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 396.

¹⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común em el Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 88-89.

¹⁵⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 143-145.

¹⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 143-144.

regulador da economia, o que era feito mediante a edição de normas disciplinadoras da conduta dos agentes econômicos”. Em seguida, “passou ele a protagonizar a própria atividade econômica, criando empresas com tal finalidade, ou participando, em Sociedades, dos capitais de empresas privadas”, tornando-se, desta forma, um grande empregador. “Sua burocracia agigantou-se. A vida social ganhou em complexidade. Aos segmentos sociais já existentes vem-se agregar uma poderosa burocracia estatal. [...] A esse modelo se dá o nome de Estado social”.

O contexto histórico destacado eclodiu no surgimento do Estado Social, com a transição de um modelo estatal formal, neutro e individualista para um Estado Social de Direito, onde o individualismo clássico liberal passou a ser corrigido pela “afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.¹⁶⁰

Esta trajetória, para Bobbio¹⁶¹, “é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional”.

A ampliação da atuação estatal, dentro da concepção de Estado Social, trouxe consequências importantes no plano da atividade jurisdicional, porquanto se elevou o papel da Constituição como alicerce, e do Juiz, como agente, construindo-se um cenário jurídico distinto. As constituições passavam a recepcionar concepções socialistas, “redefinindo e ampliando o catálogo dos direitos fundamentais”.¹⁶²

Para Häberle¹⁶³, o *Welfare State* “reflete a idéia de um Estado Constitucional ou de Direito comprometido com a justiça social”, em que os interesses das minorias passam a ter importância para toda a Sociedade. Ora, essa

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 112. Título original: *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*. Primeira edição em: 1986.

¹⁶² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito**. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 109.

¹⁶³ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Traducción de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001. p. 225.

guinada de rumo parece ser importante para sustentar, no plano teórico e histórico, a preponderância da função social da Jurisdição estatal, ideia que se sustenta no presente estudo.

O Estado Social de Direito passava, pois, a ser um Estado “sujeito à lei legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas constitucionais”¹⁶⁴ – independentemente de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo – “a qual, de qualquer maneira, não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição e reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de valores por e para os quais se constitui o Estado Social”.¹⁶⁵

Diante desta nova perspectiva, a noção de legalidade tão marcante do modelo liberal foi, aos poucos, abstraindo-se; a lei tornou-se mais específica, atendendo de maneira mais incisiva às necessidades concretas da Sociedade, ou seja, pode-se pensar: à sua função social.

Nesta linha, Streck e Morais¹⁶⁶ advertem que, sem renegar as conquistas e os valores impostos pelo liberalismo burguês, a partir do modelo socialista, dá-se ao Estado um novo conteúdo axiológico político. Desta forma, o Estado “acolhe os valores jurídico-políticos clássicos; porém, de acordo com o sentido que vem tomando através do curso histórico e com as demandas e condições da Sociedade do presente”. Assim, “não somente inclui direitos para limitar o Estado, senão também direitos às prestações do Estado”, por conseguinte o Estado “não somente deve omitir tudo o que seja contrário ao Direito, isto é, a legalidade inspirada em uma ideia de Direito, senão que deve exercer uma ação constante através da legislação e da administração que realize a ideia social de Direito”.

¹⁶⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 96.

¹⁶⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 96.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 96.

Bonavides¹⁶⁷ destaca que os juristas do Estado Social ao interpretarem a Constituição “são passionais fervorosos da justiça, trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, [...] aberta, [...] real.” Para o autor, os juristas sociais são “criativos e renovadores [...] criam a Nova Hermenêutica; [...] tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma.”

Streck e Morais¹⁶⁸ concluem que mesmo sob a égide de um Estado Social de Direito, a questão da igualdade ainda não estava solucionada e por este motivo é que se desenvolve um novo modelo, que passa a objetivar a conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, “não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”, como se explanará a seguir.

1.1.4 Da Jurisdição no Estado Constitucional Democrático

No presente estudo, será utilizada a expressão Estado Constitucional Democrático, posto que o termo passou a traduzir o equivalente Estado Democrático de Direito, consoante Canotilho¹⁶⁹. Observa este autor que o Estado Constitucional possui duas grandes qualidades, quais sejam: o Estado de Direito e o Estado Democrático. Acerca destes atributos, pontifica que, muitas vezes, ambas as qualidades aparecem dissociadas, porquanto “fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito”.

Sobre isto, Abreu¹⁷⁰ explica que a expressão “Estado de Direito” diz respeito a um Estado que tem no seu ordenamento jurídico, em especial na

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 19.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 97.

¹⁶⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

¹⁷⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 118.

Constituição, seu fundamento e, ao mesmo tempo, sua limitação. Canotilho¹⁷¹ conclui que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como *Estado Constitucional*”.

Em sentido amplo, pode-se falar em Estado Constitucional desde o firmamento do Estado Liberal. O constitucionalismo é, em princípio, a teoria e a prática do Estado Constitucional.¹⁷²

Soares¹⁷³ afirma que apesar de algumas semelhanças conceituais, em termos de direitos fundamentais, existem diferenças entre o “constitucionalismo social” e o “democrático de direito” que residem em suas formas e natureza. Assim, explica que, no primeiro modelo, existe a crença de que “a arbitrariedade ou o abuso dos direitos fundamentais pode ser evitado mediante o aumento do poder político do Estado pelo melhor controle das relações baseadas nestes direitos”. No segundo modelo estatal citado, existe o pressuposto de que “as causas desses abusos situam-se nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, políticas e sociais”; nesse sentido, “uma política eficaz para evitar estas arbitrariedades exige transformações econômicas, políticas e sociais, através da participação dos cidadãos nos centros de poder e fortalecimento das instituições democráticas”.

Portanto, como disse Canotilho¹⁷⁴, esta separação, por vezes, pode corresponder à realidade das coisas, porquanto “existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos”. Contudo, “o Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”.

Assim, o Estado Constitucional Democrático tem um conteúdo

¹⁷¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

¹⁷² GONZÁLEZ, Santiago Sánches; PRADO, Pilar Mellado. **Organización del Estado Central y Justicia Constitucional**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areceres, S.A., 2004. p. 229-230.

¹⁷³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 219.

¹⁷⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-93.

transformador da realidade. Streck e Moraes¹⁷⁵ asseguram que o “Estado Democrático é um *plus* normativo em relação às formulações anteriores”.

Sintetizam os precitados que “a novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional”. Os autores consideram que este Estado “representa uma ruptura, porque traz à tona formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade”.¹⁷⁶

Soares¹⁷⁷ afirma que, para a elaboração de um conceito, o Estado Constitucional Democrático não prescinde da conjugação de elementos formais e materiais, tendo como princípios concretizadores: o princípio da constitucionalidade; sistema dos direitos fundamentais; princípio da legalidade da administração (cerne da teoria do Estado de Direito), princípio da segurança jurídica; princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

Na visão de Silva¹⁷⁸, esta é uma forma de governo que “tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social”.

Conforme já foi visto, ultrapassada a fase absolutista, o modelo liberal se institui como Estado de Direito, sustentando juridicamente “a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata”¹⁷⁹. Passando o Estado ao seu momento social, ele “acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social”. E então, quando assume a atual forma democrática, o Estado de Direito “tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 97.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 103-104.

¹⁷⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 219.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112, 119-120.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 97.

referenda a pretensão à transformação do *status quo*.”

Leciona Alexy¹⁸⁰ que a Jurisdição do Estado Constitucional Democrático teve como aspecto fundamental “a imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais, o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de direitos fundamentais da constituição”.

Como aponta Canotilho¹⁸¹, neste modelo estatal, “a constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma” e, por conta disto, “a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual”, pois é na “supremacia da constituição” que se firma o primado do Estado Democrático de Direito.

Por essa construção teórico-doutrinária, pode-se cogitar que o Estado Democrático de Direito pressupõe um comprometimento do Judiciário com os direitos sociais e políticos. Nesse sentido, ao Poder Judiciário caberá “a função de aproximar o modelo normativo existente na constituição da prática efetiva do Estado, função esta a ele atribuída pelo próprio modelo do Estado constitucional de direito”.¹⁸²

Häberle¹⁸³ acredita que a Constituição não é somente um texto jurídico e que não serve apenas para juristas; a Constituição atua essencialmente como guia para juristas e cidadãos.

Para Ferrajoli¹⁸⁴, este constitucionalismo contemporâneo resultante “da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95-96.

¹⁸¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed Coimbra: Almedina, 2003. p. 52, 245-246.

¹⁸² MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 2, n. 3, p. 119-136, set./dez. 2007. p. 132.

¹⁸³ HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trottra, 1998. p. 45-46.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zeneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43-44. (Sem título original no exemplar utilizado).

legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito, que se expressa em uma alteração interna do paradigma positivista clássico”. Vale anotar que a primeira revolução deu-se pela onipotência do legislador, na afirmação do princípio da legalidade, conforme visto anteriormente.

Para finalizar, menciona-se a construção ressalvada por Moraes e Nascimento¹⁸⁵, no sentido de que “o Estado, a jurisdição e o constitucionalismo estão ligados, de forma que o qualificativo de um pode ser utilizado pelos outros”. Para Luño¹⁸⁶, “parece necessário contar com métodos de análises esclarecedores do significado e função do Estado constitucional de Direito. Essa forma de Estado representa na atualidade o marco jurídico-político próprio das Sociedades democráticas”, a exemplo do Brasil, como se verá a seguir.

1.2 A EFETIVIDADE DO DIREITO NO ATUAL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

1.2.1 Considerações iniciais

Na Sociedade contemporânea, constituída por uma pluralidade de relações interpessoais cada vez mais complexas, em que as fronteiras dos direitos individuais e coletivos têm sido alargadas, não se pode esperar que os Conflitos imanentes deste novo modelo social sejam todos satisfatoriamente solucionados tão somente pela adjudicação¹⁸⁷ de uma solução proferida por um juiz.

O desenvolvimento de um novo conceito ideológico que afaste a ideia de que a atividade primordial do Poder Judiciário é o julgamento das lides pelo

¹⁸⁵ MORAIS, José Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania:** por uma Jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.167

¹⁸⁶ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 7.

¹⁸⁷ “*Adjudication* é a forma usual na literatura da língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução dos conflitos. Não obstante o vocabulário correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”) é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão”. (FISS, Owen M. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26. Título original: *The law as it could be*. Primeira edição em: 2003.).

exercício imperativo da substitutividade, tendo como mira prioritariamente um tratamento mais adequado, visando à pacificação do Conflito, parece representar um caminho que aumentará a Efetividade do Direito e, via de consequência, do Poder Judiciário brasileiro.

Já foi dito que não apenas o Direito é um instrumento responsável pela harmonia da vida social. No sentir de Nader¹⁸⁸, “a moral, a religião e as regras do trato social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem na sociedade”, entretanto, reconhece ser o Direito o que possui a maior pretensão de Efetividade, visando esse bem-estar na convivência entre as pessoas.

Por outro lado, merece destaque o fato de que as modernas Sociedades, “certas de que o Estado é importante para resolver todos os conflitos sociais submetidos à sua apreciação – [...] quanto mais cresce a comunidade, mais crescem os litígios entre seus membros – têm [...] buscado alternativas para dirimi-los”¹⁸⁹, ao lado do Poder Judiciário.

Bobbio¹⁹⁰ estabelece que “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas” e “a paz é, por sua vez, o pressuposto necessário para o reconhecimento e para a efetiva proteção dos direitos fundamentais no interior de cada um dos Estados e no sistema internacional”. A ausência de um reconhecimento e da efetiva garantia dos direitos fundamentais afastará a ideia de um sistema democrático e, como afirma o autor, “sem democracia não há condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos sociais”.

Vale ainda dizer que em um Estado Constitucional Democrático a participação dos próprios adversários na solução de suas contrariedades, na tentativa de angariar maior Efetividade à decisão, ou melhor, à solução do impasse, parece ser bastante plausível. Nesse limiar, lecionam Martín e Julios-Campuzano¹⁹¹

¹⁸⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36.ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 35.

¹⁸⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84. p. 175-199, out./dez. 1996.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7. Título original: *L' Età dei Diritti*. Primeira edição em: 1992.

¹⁹¹ “provoca nas partes em conflito a necessidade de tratar de encontrar soluções alternativas à

que o desejo de controlar o próprio destino “provoca a las partes en conflicto la necesidad de tratar de encontrar soluciones alternativas a la resolución de los conflictos”.

Consoante Nieto¹⁹², hoje se tem um conceito diferente de Justiça que vai além da solução de Conflitos, pois o Estado pode fazer muitas coisas que se legitimam se realizadas com Justiça.

A propósito, Moraes e Splenger¹⁹³ disseram que o que se vê atualmente é a transferência do tratamento e da regulação dos litígios ao Poder Judiciário, da mesma maneira que outrora os cidadãos esperavam pelo Leviatã para que este fizesse guerra em nome da paz. Tem-se esquecido que “o conflito é um mecanismo complexo que deriva da multiplicidade dos fatores, que nem sempre estão definidos na sua regulamentação; portanto, não é só normatividade e decisão”. Atualmente, emite-se a ideia de que é necessário que se espere por um terceiro (Estado-juiz) para que o Conflito seja solucionado; “espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda”. Em verdade, isto é reflexo de “uma transferência de prerrogativas que, ao criar ‘muros normativos’, engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático”.

Nesse prisma, Gajardoni *et al*¹⁹⁴ apontam para o fato de que o advogado e a parte, em muitos casos, “ao ingressarem com a ação, não buscam uma solução conciliada do caso, mas sim uma sentença. E a sentença, apesar de ser uma solução para o caso, não leva necessariamente à pacificação das partes”. O fato de as partes chegarem “à audiência com o firme propósito de não realizar o acordo,

resolução dos conflitos” (Tradução livre do autor da Tese). MARTÍN, Nuria Belloso; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **¿Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho?** Pluralismo jurídico, ciudadanía y Resolución de Conflictos. Dykinson, 2008. p. 271-272.

¹⁹² NIETO, Alejandro. **Balada de la Justicia y la Ley**. Madrid: Tratta, 2002. p. 24.

¹⁹³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 69-70.

¹⁹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 19.

mesmo antes de ouvir a parte contrária e a eventual proposta” é uma importante consequência da “mentalidade de muitos operadores do Direito” que foram “contaminados pela cultura da sentença” desde os bancos acadêmicos.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior¹⁹⁵ arguiu que “nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso.”

Assim, o presente estudo se propõe a observar se a utilização de instrumentos de Pacificação Social diferentes da Sentença judicial é capaz de conferir Efetividade ao cumprimento da Função Social do Estado. Ainda que uma decisão prolatada por magistrado, no sistema convencional, comporte-se de maneira efetiva, nem sempre denotará na pacificação real do Conflito, haja vista que o impasse posto a juízo poderá ter atingido o seu fim “processual”, mas a ausência de paz entre os conflitantes poderá assumir caráter perpétuo, com reflexos sociais negativos.

Ibáñez¹⁹⁶ também afirma que a função judicial deve estar fortemente orientada para a realização dos valores constitucionais. Nesse passo, Marcellino Júnior¹⁹⁷ sopesa ser premente a necessidade de uma mudança de mentalidade dos operadores jurídicos, de forma que, mediante uma postura crítica-reflexiva, passem a defender, efetivamente, os preceitos fundamentais. Para isso, considera ser “necessário que se interprete o Direito sem ‘coisificar’ o homem, superando o paradigma objetificante do esquema sujeito-objeto [...] para adotar uma prática hermenêutico-interpretativo-filosófica”, na qual “não mais existam verdades redentoras, espirituosidade do legislador ou textos auto-referentes, onde o compreender deixa de ser produto de métodos tradicionais ou mero *modo de conhecer* para se tornar [...] um *modo de ser*.”

¹⁹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001. p.109.

¹⁹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **En torno a la jurisdicción**. Madrid: Editores del Puerto, 2007. p. 54-55.

¹⁹⁷ MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. A Jurisdição Coconstitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas *versus* substancialistas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito Democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 50.

Como disse Aristóteles, “a paz deve ser o fim da guerra”.¹⁹⁸

No tópico que segue, com o enfoque referido, ou seja, em busca de mecanismos jurídico-processuais para uma maior Efetividade do Poder Judiciário a fim de que alcance seu propósito apaziguador e fomentador de satisfação humana no meio social, resgatam-se os ensinamentos do positivismo, notadamente a partir de Kelsen, para refletir, com este autor, como a ideia de felicidade e paz social sempre esteve atrelada ao ideário humano de Direito e Justiça.

1.2.2 O Direito e a Justiça na percepção juspositivista

Em sua obra, “Teoria Pura do Direito”, Kelsen¹⁹⁹ propôs um direcionamento para se alcançar uma definição para o uso da palavra *Recht* (Direito). Em sua incursão para o bom uso do termo, o jurista compreendeu que a melhor maneira para firmar um significado justo seria acarear a sua definição na língua alemã e os conceitos equivalentes da expressão em outras línguas (*law, droit, diritto* etc) e, desta forma, detectar as características comuns imputadas aos fenômenos sociais descritos como “Direito” nas diversas Sociedades.

Com efeito, em seus estudos constatou que a utilização deste mesmo termo dava sentido – nos mais diferentes povos e épocas – a ordens da conduta humana. Assim, definiu o Direito como sendo “um sistema de normas que regulam o comportamento humano”²⁰⁰, ou seja, uma ordem da conduta humana.

Na “Teoria Geral do Direito e do Estado”, Kelsen²⁰¹ explica que uma ordem é um sistema de regras e o Direito, como dito, um conjunto de normas. Para o filósofo, a desvinculação do conceito de Direito da ideia de Justiça é uma tentativa bastante difícil, todavia expressa que ambos possuem conotações diferentes: “existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista são injustas”.

¹⁹⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: UnB, 1985. p. 48.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21. Título original: *Reine Rechtslehre*.

²⁰⁰ KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 4. Título original: *Reine Rechtslehre*.

²⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8. Título original: *Reine Rechtslehre*.

Kelsen²⁰² afirma existir um dualismo fundamental entre o Direito natural e o Direito positivo, os quais se correspondem de forma que acima deste Direito (o Direito positivo), considerado como imperfeito, existe aquele que é perfeito (o Direito natural), porque absolutamente justo. Em suas elocuições, revelou que a doutrina do Direito natural “sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferentes do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza da razão humana ou da vontade de Deus”.

Observado esse aporte teórico, pode-se cogitar que o Direito seja definido como uma congregação de ordens que podem ser reveladas como justas ou injustas. As mais puras, consideradas justas, integram a ideia de um Direito natural, enquanto aquelas que se permitem ser injustas constituem o Direito positivo.

Assim, o Direito considerado como diverso da Justiça é o Positivo. Entretanto, Kelsen²⁰³ adverte que comumente existe uma tendência ideológica de dar aparência de Justiça ao Direito Positivo, mas afirma que esta confusão ocorre apenas no plano político, na linguagem comum, e não no âmbito científico.

Conquanto entenda que o Direito Positivo não deva se confundir com a Justiça, Kelsen²⁰⁴ professa sobre o perigo de lidar com estas duas vertentes como se fossem “dois problemas distintos”. Para ele, esta divisão pode levar à suspeita de se estar “repudiando inteiramente a exigência de que o Direito positivo deva ser justo”. De qualquer modo, conclui que “uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência”. Assim, “uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente”.

Para o jurista, dizer que uma ordem social é justa significa “que essa

²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

²⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8.

²⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9.

ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade”²⁰⁵. E, como disse Ost²⁰⁶, a busca pela felicidade é um Direito inalterável do indivíduo e o objetivo central da Sociedade.

Neste contexto, Kelsen²⁰⁷ conclui ser impossível a existência de uma ordem “justa”, haja vista a impossibilidade de uma norma levar a felicidade a todos os indivíduos, por compreender concreta a ideia de que a felicidade de uma pessoa em algum momento entrará em Conflito com a felicidade de outra. Exemplo bastante simples destes contrastes seria a resposta dada por diferentes grupos aos seguintes questionamentos: “quais são as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas e, em especial, em que ordem de importância?”.²⁰⁸ Conforme Kelsen²⁰⁹, “a resposta a elas é um julgamento de valor, determinado por fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo”. Assim, corolário que a resposta a uma mesma indagação será diferente “conforme seja dada por um cristão convicto [...], por um materialista [...], por quem considere a liberdade pessoal como bem supremo [...] ou por quem considere a segurança social e a igualdade a todos os homens como superiores à liberdade”.

Por tudo isto, considerando a Justiça como o encontro da felicidade social, plausível pensar a impossibilidade de se alcançar este objetivo tão somente por meio de uma ordem jurídica.

Kelsen²¹⁰ estabelece, portanto, que “a felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9.

²⁰⁶ OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Bobadela: Instituto Piaget, 1999. p. 227. Título original: *Temps et récit*.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 10.

²⁰⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9-10.

²⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 9-10.

²¹⁰ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 3.

subjetivo-individual”; assim, “por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social – o legislador –, como necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes”.

Desenvolvendo ainda a ideia de Justiça, o jusfilósofo²¹¹ sintetiza a questão afirmando que a existência de um grande número de contrassensos inconciliáveis não significa que cada indivíduo possua um sistema de valores próprios. Para ele, “um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo”.

Importa assinalar, ainda, a construção teórica de Kelsen²¹² quando afirma que “o fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo relativo desses julgamentos de valor” e nem quer dizer que esta concordância se traduza em uma verdade absoluta e correta, pois “o fato de a maioria das pessoas acreditarem que o sol gira ao redor da Terra não é, ou não foi, uma prova da veracidade dessa ideia”. Assim, finaliza dizendo que “o critério de justiça, como o critério de verdade, não depende da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade ou julgamentos de valor” e “como a humanidade está dividida em várias nações, classes, religiões [...] existe um grande número de conceitos diferentes de justiça – aliás um número grande demais para que se possa falar simplesmente de *justiça*”.²¹³

Em “O que é Justiça?”, Kelsen²¹⁴ repisa a sua antiga ideia sobre a inocuidade de se tentar conceituar a “Justiça”. Assim, nas linhas iniciais da precitada obra, elucida:

Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: “Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade”. Ao que Pilatos perguntou: “O que é a

²¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

²¹³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

²¹⁴ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1.

verdade?” Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz. Dessa forma, emerge da pergunta de Pilatos – o que é a verdade? –, através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é a justiça?

Com essas considerações, define que “nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida” e sobre nenhuma outra as mentes mais ilustres, de Platão a Kant, meditaram tão profundamente e, no entanto, ela permanece sem resposta até hoje.²¹⁵ Ainda com a afirmação de que Justiça é felicidade, “a pergunta [do que é justiça], obviamente, ainda não está respondida, apenas protelada”²¹⁶, porque, conforme se viu, a felicidade “é o sentimento subjetivo que cada um compreende para si mesmo”.²¹⁷ Assim, o filósofo apenas conclui dizendo que “talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”.²¹⁸

Considerando, portanto, a hipótese de que o encontro da “felicidade” seja a definição mais coerente dada ao termo “Justiça” e se a paz está compreendida naquilo que se entende por felicidade – ou *versa vice* –, parece possível sustentar que o Estado cumprirá a sua Função Social quando propiciar a Justiça e, então, a felicidade aos seus cidadãos. Como disse o Profeta Isaías²¹⁹ “o efeito da justiça será a paz”. Esse fundamento parece evidenciar que essa função, ou obrigação, do Estado de alcançar a finalidade social de sua existência, representará, por meio de sua atenção jurisdicional, em análise última, a própria razão de sua existência.

1.2.3 A Eficácia Social da norma jurídica

²¹⁵ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1.

²¹⁶ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2.

²¹⁷ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2.

²¹⁸ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1.

²¹⁹ BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênica.

Para dar início à fundamentação da questão relacionada à Eficácia Social da norma, convém citar as afirmações de Reale²²⁰ quando disciplinou que “uma norma não surge como arquétipo ou esquema ideal, mas como elemento integrante de um modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento”. Assim, observa que o dorso de toda legislação – do ponto de vista da Filosofia do Direito – é “o reconhecimento de normas de cultura por uma sociedade organizada”. Revela, regra geral, que as normas do Direito devem ser formalmente válidas e socialmente eficazes.²²¹

Neste contexto, Reale²²² identifica que “em virtude dessa pretensão de eficácia ou efetiva correspondência no seio do grupo [...] muitos autores reduzem a vigência à eficácia”, entretanto, importante é a distinção destes institutos.

Voltando à Kelsen²²³, dele se extrai que “vigência” designa a existência específica de uma norma, a qual importará em um comando que a caracterizará (dever-ser). Arremata que “a ‘existência’ de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe”, uma vez que a validade da norma refere-se à concretização de um ato de vontade – do legislador ou do Estado – mediante um procedimento constitucionalmente legítimo. Assim, a norma permanece mesmo após a morte destes indivíduos que, por liberalidade de uma convicção de vontade, positivaram-na.

Acerca da “vigência” de uma norma, Reale²²⁴ também ensina que “vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo.”

Isso sugere compreender como norma vigente aquela que existe e que

²²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 606.

²²¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 113.

²²² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 606.

²²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8. Título original: *Reine Rechtslehre*.

²²⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 114.

pode produzir efeitos, por ser válida. Atualmente, no Estado brasileiro, para que uma lei se torne juridicamente eficaz, terá de cursar seu caminho mediante um processo legislativo e, sendo promulgada, passará a ter avaliada a sua validade; esta condição – de validade – dependerá de seu enquadramento constitucional. Sendo válida a lei, a sua Eficácia Social passará a ser observada. A Efetividade insere-se, portanto, na esfera social, ou seja, a eficácia da norma tem relação com os efeitos que ela produzirá na Sociedade.

Importante observar as considerações propostas por Barroso²²⁵ ao pontuar que “eficácia jurídica” não é correspondente do termo “eficácia social da norma”, porquanto a eficácia técnica ou jurídica se refere àquilo que todas as normas possuem, ou seja, a “aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios”²²⁶, enquanto “eficácia social da norma” se propõe a investigar os mecanismos para a real aplicação da norma.²²⁷

Assim, a respeito da “eficácia social da norma” ou, simplesmente, “Efetividade”, como usualmente é nominada pela doutrina, Barroso²²⁸ a retrata como sendo a “realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social [...] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”

A propósito, Kelsen²²⁹ observa que a noção de Efetividade se traduz como “o fato real de ela [a norma] ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”. Ademais, esclarece alguns pontos: a) a Eficácia Social da norma é condição da Vigência, posto que a norma perderá a sua validade quando deixar de ser eficaz; b) a Eficácia Social de uma norma jurídica deve estar relacionada não apenas com o

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 82.

²²⁶ NOVELINO, Marcelo. **Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 130.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 82.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 82.

²²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8. Título original: *Reine Rechtslehre*.

fato de ela ser aplicada pelos órgãos jurídicos, mas também por ser respeitada por aqueles que estejam subordinados a ela; c) a eficácia da norma jurídica pode estar relacionada à sua observância²³⁰, na medida em que um indivíduo, em obediência à norma, deixar de praticar determinada conduta.

Reale²³¹ agrega também que a Eficácia Social da norma “tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, no plano social”. Ou, mais especificamente, refere-se “aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento”.

O aporte doutrinário supra parece orientar no sentido de que a Efetividade não se confunde com “validade” ou “Eficácia Jurídica”, por agregar valores maiores. A análise da Efetividade de uma lei importará no estudo não apenas dos efeitos produzidos pela norma na Sociedade como também na sua penetração social nos contornos das pretensões do legislador. Conforme Reale²³², “pode surgir [...] uma lei que jamais venha a ser cumprida por absoluta ressonância no seio da coletividade. Depois de promulgada, existe apenas como vigência formal, porquanto a sociedade não se ajusta a seus ditames”.

Nesta linha, Hart²³³ estabeleceu que “seria, porém, errado dizer que as afirmações de validade significam que o sistema é geralmente eficaz”, em seu aspecto social. Sendo assim, se por Eficácia Social se “quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia”.²³⁴

²³⁰ Neste ponto, Kelsen analisa: “no entanto, a observância da norma jurídica pode ser provocada por outros motivos, de forma tal que o que é ‘eficaz’ não é propriamente a representação da norma jurídica mas a representação de uma norma religiosa ou moral” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 8. Título original: *Reine Rechtslehre*).

²³¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: José Bushatsky, 1973. p. 114.

²³² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 609.

²³³ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 115.

²³⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 115.

Pertinentes são as palavras de Reale²³⁵: “a vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo por não corresponderem às suas tendências e inclinações”, pelos mais diversos motivos.

Disto tudo, deduz-se que, em uma universalidade de normas atreladas a uma sistemática processual bastante organizada, o valor da Efetividade estará nos instrumentos processuais adequados, utilizáveis pela maior parte da Sociedade e capazes de atingir a função primordial das normas: a Pacificação Social a bem da coletividade. Nesse contexto, defende-se, no presente estudo, que os Meios Alternativos de solução de Conflitos possivelmente darão maior Efetividade à processualística dentro da Jurisdição brasileira, por sua aparente aceitação social.

1.2.4 A Efetividade das vias de tutela do Direito Positivo

Como já expressou Cunha²³⁶, “tudo seria reconfortantemente simples se pudéssemos verdadeiramente chamar ao Direito contemporâneo, sem mais e algo pomposamente, ‘direito pós-moderno’”. E, assim, “proclamar o que, afinal, é, pelo menos ainda, uma utopia, como efetiva e vivente realidade”. Contudo, “independentemente dos necessários cuidados com uma tal designação, em abstracto, todos sabemos que numa qualquer época convivem diversos tempos, logo, diferentes formas de Direito”.

Para a manutenção de uma norma jurídica, como antes já visto, parece ser necessário que ela cumpra com o seu papel social, ou seja, a norma impende de Eficácia Social – ou Efetividade.

Desde que devidamente ambientada à comunidade que a ela se submete, a norma jurídica normalmente é cumprida de maneira espontânea pela Sociedade. Como disse Sztajn²³⁷, “quanto mais forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema”. Entretanto, em alguns momentos

²³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 609.

²³⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Tratado da (in)justiça**. Lisboa: Quid Júris, 2008. p. 103.

²³⁷ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 75.

estas regras de conduta são inobservadas. Assim, subvertida a norma, o Estado passa a exercer o seu papel como pacificador social, e a materialização deste dever do Estado ocorre, normalmente, mediante a abertura de um Processo Judicial.

Como se tem defendido no presente trabalho, não apenas a Sentença adjudicada por um juiz pode representar via de acesso à Pacificação Social, mas também os métodos alternativos ou adequados de dissolução de Conflitos resistidos. Todavia, em que pesem as distintas e possíveis alternativas para a supressão de um Conflito, todas elas não prescindem de um caráter de “Efetividade”, em especial no sentido de atendimento aos interesses da Sociedade, criadora em termos gerais da criatura Estado.

Isto posto, importante destacar o sentido da categoria “Efetividade”.

Em seus estudos, Cappelletti²³⁸ destaca que o “termo efetividade vem do latim *efficere*, o qual significa realizar, produzir”. Em relação ao processo – procedimento entendido como a forma mais comum de materialização do Direito Positivo – estabelece o jurista que “processo efetivo nada mais é do que aquele que consegue não somente reconhecer um direito material em tempo hábil, mas também proporcionar ao seu titular o exercício de tal direito”. Portanto, “efetividade do processo é, assim, o grau de eficácia que o mesmo possui para fins de atingimento da paz social”.

Gómez²³⁹ define que a Efetividade da tutela permeia o campo da facilidade de sua obtenção, na medida em que puder ser atingida com a ausência de barreiras que impeçam ou demorem a sua prestação. Decreta, entretanto, que a razoabilidade dos prazos tem de atender às particularidades do caso, consoante o grau de complexidade deste.

No Direito brasileiro, como assevera Abreu²⁴⁰, “o direito constitucional assegura o direito fundamental à tutela efetiva e outorga proteção aos direitos

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 127.

²³⁹ GÓMEZ, María Isabel G. **La función de los jueces: contexto, actividades y instrumentos**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 36.

²⁴⁰ ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, Ação e Tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65.

relacionados às situações processuais e substanciais”. Neste passo, prossegue o autor, dentre os valores objetivados pelo Processo Judicial, o da Efetividade dispõe que “os instrumentos do processo, quando possível, devem ser adequados aos direitos utilizáveis pelo maior número de pessoas, aptos a reconstruir a realidade e proporcionar o gozo do direito por aquele que o faz jus”, sempre “com o menor dispêndio de tempo e energia”.

Nessa esteira, Wald²⁴¹ cita que “nas últimas décadas o Judiciário [brasileiro] passou a se preocupar em ser mais eficiente, conforme determina a Constituição (EC 19) e, especificamente, para a Justiça (EC 45)”. Com relação à legislação infraconstitucional, o jurista considera que “vai consolidar o mesmo princípio no CPC, garantindo ao jurisdicionado a eficiência dos julgados, abrangendo tanto o contraditório como a rapidez nos julgamentos”, pois “sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade”.

É oportuno notar que este princípio também está enraizado nas constituições europeias, a exemplo da Constituição espanhola que prevê em seu artigo 24 que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”²⁴². Sacristán²⁴³ explica que este Direito fundamental possui múltiplas maneiras de ser exercido. Ao tratar do artigo específico (artigo 24), declarou ser possível desenvolver a Efetividade da tutela dos direitos das seguintes formas: “bien sea a través de la acción legitimatoria de los particulares, – elemento personal – bien por medio de los procesos correspondientes – elemento instrumental – o por medio, siempre, de la acción del Juez – elemento jurisdiccional”.

²⁴¹ WALD, Arnold. Eficiência do Judiciário garante segurança jurídica. **Anuário da justiça**. São Paulo: ConJur Editorial, 2014. p. 20.

²⁴² “Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, padeçam de amparo.” (tradução livre do autor da presente Tese). ESPANHA. **La Constitución española de 1978**. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁴³ “bem seja através da ação legítima entre os particulares – elemento pessoal –, bem por meio dos processos correspondentes – elemento instrumental – ou mediante, sempre pela ação do Juiz – elemento jurisdiccional” (tradução livre do autor da presente Tese) SACRISTÁN, Isidoro Alvarez. **La justicia y su eficacia: de la constitución al proceso**. Madrid: Colex, 1999. p. 39.

A Constituição Portuguesa²⁴⁴ também anota referido princípio quando introduz em seu artigo 20 que “para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violação desses direitos”.

Lopes²⁴⁵ compreende que a Efetividade do processo não está dissociada da sua própria função social, porquanto “se um dos escopos do processo é, precisamente, resolver os conflitos, garantir a pacificação social – está claro, porém, que em muitos casos, a solução judicial não logra alcançá-la – ressalta clara a função social que dele reveste”. Assim, “cumprida a função social, estará assegurada a efetividade do processo, preocupação maior dos processualistas e dos jurisdicionados”.

Abreu²⁴⁶ constrói pertinentes observações ao afirmar que a Efetividade “envolve a simplificação da técnica, no sentido de simplificação, flexibilização e conformação do procedimento, tendo em vista seus objetivos. O procedimento deve variar conforme a tutela a que se refere”.

Assim, cogita-se a hipótese de que a Efetividade transita também na adequação do método para a resolução e pacificação do Conflito; portanto, e nesse sentido, o método de atuação no Direito a ser tutelado será efetivo quando adequado para dissolver o impasse em específico. Diante deste contexto, nota-se o valor da Efetividade, porquanto não se pode apenas falar em Acesso à Justiça sem que haja uma busca constante à Efetividade das vias de tutela dos direitos positivados.

1.3 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA JURISDIÇÃO

1.3.1 Considerações iniciais

²⁴⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1974**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁴⁵ LOPES, João Batista. Função Social e efetividade do processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 13, p. 29-34, abr. de 2004.

²⁴⁶ ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, Ação e Tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 68.

Como já foi tratado anteriormente no presente estudo, a definição do que seria a Jurisdição sempre esteve em constante transformação ou mesmo – de se pensar – em evolução. Entretanto, dois troncos doutrinários soergueram-se e passaram a comandar a ciência processual da centúria passada, para dizer o que seria a Jurisdição: uma encabeçada por Giuseppe Chiovenda, outra por Francesco Carnelutti.²⁴⁷

Com grandes influxos do liberalismo, à sua época, Chiovenda explorou a Jurisdição sob enfoque dualista. Para ele, o ordenamento jurídico cindia-se em Direito material e Direito processual, visando sempre à aplicação da vontade concreta da lei e suprimindo “qualquer atividade criadora do juiz na formação das regras concretas”.²⁴⁸

Chiovenda²⁴⁹ afirmou que a Jurisdição pode ser definida como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos”, quer seja no afirmar a existência da vontade da lei ou no torná-la, praticamente, efetiva.

A Jurisdição na óptica chiovendiana apresenta, portanto, as seguintes características: a) a substitutividade; b) a distinção entre a atividade jurisdicional e atividade administrativa; c) os fins da atividade jurisdicional são a interpretação e aplicação da lei, ao contrário da atividade administrativa, em que a lei é o limite da sua atividade.²⁵⁰

Rodrigues e Lamy²⁵¹ citam que o postulado de Chiovenda pressupõe “uma visão de Estado em que as funções de legislar e de aplicar a lei são coisas

²⁴⁷ DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social:** revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 35.

²⁴⁸ DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao Estudo da** Fundamentação das Decisões no **Direito Processual**. Munique: Herbert U. V. Wissenschaft, 1997. p. 43.

²⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 511-512. Título original: *Instituzioni di diritto processuale civile*. Primeira edição em: 1942.

²⁵⁰ DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social:** revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 37.

²⁵¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012. p. 111.

absolutamente separadas ou mesmo antagônicas; caberia ao juiz em sua teoria apenas aplicar a lei já produzida ao caso concreto”. Em que pese a conotação desmedida para os ideais de Jurisdição atuais, há de se reconhecer o mérito da teoria chiovendiana, porquanto foi nela que se tornou clara a natureza jurisdicional da execução.

Noutra corrente, sob os mesmos contornos sociais, Carnelutti levou ao conceito de Jurisdição “os elementos sociológico e axiológico, ao definí-la como a justa composição da lide”²⁵², sem a qual a atividade jurisdicional seria inexistente. Nas palavras do jurista italiano, “a finalidade do processo contencioso é tipicamente repressivo: fazer que cesse a contenda, o que não quer dizer fazer que cesse o conflito, que é imanente, e sim o compor mediante o direito.”²⁵³

Retornando à Chiovenda, nota-se que a corrente proposta pelo estudioso “pouco poderia explicar os aspectos que pertinem à ineficácia de uma gama de normas jurídicas pronunciadas pela própria jurisdição”²⁵⁴. Neste sentido, ao dizer que a má elaboração das normas infraconstitucionais, ao lado de uma má interpretação dos princípios constitucionais, acabam por excluir determinados grupos sociais em nome de certos dogmas construídos pelos postulados clássicos, a concepção de Chiovenda, de caráter conservador, obstaculariza a promoção dos grupos sociais mais carentes.

Da mesma maneira, a corrente proposta por Carnelutti não traduz um conceito moderno de Jurisdição, embora tenha inserido em sua noção elementos áxio-sociológicos (justa e lide).

Para De Paula²⁵⁵, ainda que Carnelutti tenha considerado em sua doutrina que a Justiça teria de ser realizada conforme os parâmetros do Direito, pouca diferença havia com relação à definição dada por Chiovenda à Jurisdição,

²⁵² DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 37.

²⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 76.

²⁵⁴ DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 37.

²⁵⁵ DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002. p. 37.

“em vista de ambos os conceitos pugnam pela realização de uma ordem jurídica que se apresenta ineficaz, mal elaborada infra-constitucionalmente e cujos princípios são mal interpretados”.

Por outro lado, Marinoni²⁵⁶ parece ter razão ao afirmar que as teorias de Jurisdição se constituem como “espelhos dos valores e das idéias das épocas” e o progresso da função jurisdicional tornou sua conceituação muito mais complexa do que quando estudada por Chiovenda ou Carnelluti.

Não se pode negar que as reflexões propostas pelos juristas do século passado deram robustez às concepções de Jurisdição que ganham força no cenário atual. Assaz é a influência dos italianos, os quais tiveram suas teorias reforçadas nas academias. Entretanto, é bom que se pondere que a integralidade de seus ensinamentos não é atemporal, mormente porque foram elaborados no período histórico do positivismo clássico e do Estado Liberal, refletindo, portanto, as características da época em que foram desenvolvidos.

Contemporaneamente, a aceção de Jurisdição tem como paradigmas a Constituição e os direitos fundamentais. Marinoni²⁵⁷ afirmou que “o Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”. Por assim ser, vê-se como expressão concreta “os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal”. Além disso, há o “dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto”.

Dentro desta concepção atual, Didier Júnior²⁵⁸ simplifica postulando que a

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 11.ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 65.

Jurisdição é a função conferida a um “terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/ efetivando/ protegendo/ situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.

Cogita-se, assim, que em tempos atuais, diferente da teoria proposta por Chiovenda, a aplicação da lei contém também uma atividade criadora por parte do juiz, haja vista ser a lei apenas uma formulação genérica que não dispensa a interpretação nos termos do caso concreto.

No mundo ocidental, tem-se visto que as decisões judiciais recentes têm sido prolatadas em estreita conexão com os direitos fundamentais, conforme os novos contornos por que caminha a Sociedade; os magistrados buscam uma sensibilidade maior na tomada de suas decisões. Neste passo, Costa²⁵⁹ registrou que “as sentenças que os levaram a ser notícia são daquelas que marcam a trajetória de qualquer magistrado que absorve a função pública, que exerce e coloca a jurisdição como meio de avanço social”.

Por oportuno, convém destacar os dizeres de Cintra²⁶⁰ *et all* ao afirmarem que “para caracterizar a jurisdição muitos critérios foram propostos pela doutrina tradicional, apoiada sempre em premissas exclusivamente jurídicas e despreocupada das de caráter sociopolítico”. Atualmente, “a perspectiva é substancialmente outra, na medida em que a moderna processualística busca a legitimidade de seu sistema na *utilidade* que o processo e o exercício da jurisdição possam oferecer à nação e às suas instituições”. Por isso, “a segura diretriz no sentido de afirmar os escopos sociais e políticos da jurisdição é especialmente o escopo de *pacificação com justiça*”.

Pertinentes são, ainda, as conclusões de Destefenni²⁶¹ no sentido de que, conquanto as definições de Jurisdição sejam variáveis no tempo e no espaço, uma vez estabelecidas conforme os fatores espaciais e históricos, não se pode deixar de

²⁵⁹ COSTA, João Ricardo dos Santos. A Construção de uma sociedade mais humana. **AMB Informa**, n.162, nov. 2014. p. 2.

²⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 150.

²⁶¹ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

reconhecer que tal se trata de função fundamental, sem a qual está em risco a vida em Sociedade e a paz social.

Parece certo, todavia, que a Pacificação Social é corolário da adequada tutela jurisdicional, não sendo elemento substancial para a definição da Jurisdição. Ademais, no Estado Contemporâneo, “a Jurisdição exerce uma relevante função diante da imprescindibilidade da participação popular na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública.”²⁶²

Sob esse enfoque, avançando-se no presente estudo, sobretudo em razão da proposta que aqui é enfatizada, no sentido de se confirmar a hipótese da Função Social da Jurisdição, adentra-se na análise das decisões judiciais fundadas em direitos fundamentais e princípios constitucionais para, na sequência, estudar como tem sido a interpretação da lei destas decisões.

1.3.2 As decisões a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais

Comparato²⁶³ já definiu que “os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de degradação”.

Häberle²⁶⁴ ensina que a positivação dos direitos fundamentais “representa un objetivo constitucional en el sentido de que todos los ciudadanos deben tener necesariamente las mismas oportunidades básicas para conseguir una vida digna y para desarrollarse personalmente.” Referidos Direitos dos Homens²⁶⁵ constituem-se

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26.

²⁶⁴ “Representa um objetivo constitucional no sentido de que todos os cidadãos devem ter necessariamente as mesmas oportunidades básicas para conseguir uma vida digna e para desenvolver-se pessoalmente.” (tradução livre do autor da presente Tese). HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de La sociedad abierta**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2008. p. 208:

²⁶⁵ No que compete à terminologia dos “Direitos Fundamentais”, Sarlet ensina que tanto na doutrina quanto no direito positivo (constitucional ou internacional) outras expressões são utilizadas como

daqueles “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.”²⁶⁶

Os direitos fundamentais estão vinculados, principalmente, às transformações “geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial, em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado Formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado Social e democrático [material] de Direito)”, consoante Sarlet²⁶⁷. E, como assevera Canotilho²⁶⁸, “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”.

No que compete aos princípios jurídicos constitucionais, Canotilho²⁶⁹ aponta que estes são considerados dentre aqueles princípios “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

Bonavides²⁷⁰ explica que “os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância decorre em grande parte de um máximo poder de legitimação, que lhes é inerente.” Na esfera jusconstitucional, prossegue o autor, “os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.”

Consoante já se abordou neste estudo, no Estado Contemporâneo a aplicação das leis está subsumida aos direitos fundamentais, bem como aos

sinônimas de “Direitos Fundamentais”, tais como: “Direitos dos Humanos”, “Direito dos Homens”, “Direitos Subjetivos Públicos”, “Liberdades Públicas”, “Direitos Individuais”, “Liberdades Fundamentais”, “Direitos Humanos Fundamentais” dentre outras. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33).

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 44.

²⁶⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed Coimbra: Almedina, 2003. p. 416.

²⁶⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed Coimbra: Almedina, 2003. p. 1165, 1255.

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 292.

princípios constitucionais de Justiça. Nesse sentido, a validade das normas está diretamente vinculada aos direitos fundamentais e nenhuma lei poderá contrariar estes direitos ou os princípios constitucionais.

A lei deixou de ser suprema e a Constituição passou a ser imperativa; “a vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos Direitos Fundamentais”, como apontou Marinoni²⁷¹. E, ao aplicar a lei, o magistrado, observando o Conflito entre os direitos dos homens e encontrando mais de uma solução para a resolução da celeuma a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deverá “escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição”. Trata-se, pois, de “uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais.”

Acerca das decisões no Estado Constitucional Democrático, Canotilho²⁷² defende que “os juízes são agentes do povo nos quais este deposita a confiança (trust) de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior.” E, havendo incongruências constitucionais nas leis, “os juízes farão uso do seu ‘direito-dever’ de acesso à constituição desaplicando as ‘más leis’ do governo e declarando-as nulas.”

Nesta senda, anota-se que há casos, portanto, em que a lei não pode ser interpretada conforme a Constituição, e a necessidade de se fazer um controle constitucional da lei é revelada. Como apontou Marinoni²⁷³, “no caso de lei inconstitucional ou de lei cuja aplicação literal conduz a um juízo de inconstitucionalidade, o juiz de primeiro grau poderá declarar a sua inconstitucionalidade” ou então, “mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, emitir a única interpretação da lei que não obrigue à declaração da sua

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

²⁷² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed Coimbra: Almedina, 2003. p. 95.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

inconstitucionalidade”. Explica o autor que “na hipótese de lei que possui interpretações inconstitucionais, o juiz poderá editar a interpretação que lhe pareça constitucional, ainda que existam outras que possam se revestir de constitucionalidade”. Neste caso, está-se falando “da aplicação da técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto”. Este tema será mais bem abordado no tópico infra.

1.3.3 Ativismo Judicial

À sua época, no conhecido “Do Espírito das Leis”, Montesquieu²⁷⁴ afirmava que tudo estaria perdido “se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

Esta visão clássica e formalista das separações dos poderes proposta pelo autor acima citado parece ter perdido força no cenário atual. As formatações sociais da contemporaneidade têm agregado novas formas de consolidação da distribuição dos poderes.

Por serem institutos de conceitos semelhantes, convém anotar inicialmente as distinções entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, em visão macro. Consoante Barroso²⁷⁵, a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial são primos, “frequentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens”. O autor explica que a Judicialização, no contexto do País, “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, o Judiciário decide porque não há nada que se possa fazer ao contrário disso, não há alternativa. Já o Ativismo Judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”²⁷⁶.

²⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Andrada Dias Barbosa. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 181.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista**

Segundo Streck²⁷⁷, no Brasil, é inexorável que aconteça, até em demasia, essa Judicialização, entretanto “não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo”. Conforme o autor, o Ativismo Judicial se constitui quando “os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)”.

Barroso²⁷⁸ pondera, entretanto, que o Ativismo Judicial demonstra a precariedade do Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. Para o autor, “a adiada reforma política é uma necessidade dramática do país [...]. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados”. Entretanto, postula que “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco um Congresso atuante e investido de credibilidade”.

Neste passo, Urso²⁷⁹ defende que ao longo da tradição brasileira democrática, por culpa do Estado, consciente de seu fracasso em relação às necessidades básicas da população, forjou-se a ideia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista com respeito ao âmbito jurídico. Assim, o cidadão procura o Estado-juiz, apresenta seu problema e permanece, esperando impaciente, reclamando e reivindicando se a solução se atrasa ou se não chega da forma que ele quer.

Streck²⁸⁰ acredita que este protagonismo do Poder Judiciário pode desprestigiar a democracia, uma vez que “os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins,

Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 80, jan./mar 2009.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foc**, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago./set. 2009.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 78, jan./mar 2009.

²⁷⁹ URSO, Elena. La mediación en Italia y en el panorama europeo a la luz de la directiva CE/2005/52. In: CANALES, Carmen Fernández (Coord). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010. p. 366.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=1>. Acesso em: 22 dez. 2009.

quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte”. Assim, passou-se “de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador”. Ademais, segundo o autor, “caímos em uma espécie de panprincipiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio”.

Apesar das críticas elaboradas a respeito deste fenômeno, supõe-se que o Ativismo Judicial demonstra certo caráter benigno na medida em que se propõe a seguir o compasso diacrônico das demandas sociais, por vias hermenêuticas e interpretativas da Constituição, sem esperar pelas delongas parlamentares.

Barroso²⁸¹ sugere que o ativismo judicial “tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. Segundo ele, o alargamento do Judiciário “não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”²⁸².

A crise generalizada que acaba por congestionar o sistema judicial, forçando-o a expandir o alcance constitucional mediante iniciativas proativistas, só evidencia a premência por medidas que desobstruam o Poder Judiciário, que tem atuado em demais frentes além daquelas que lhe são devidas compulsoriamente.

Todos estes contornos de atuação do Poder Judiciário, dentro ou fora de seu nicho específico de atuação, refletem e elevam a importância desta esfera do Estado na política social. Desse modo, ainda que reconhecidas as críticas, parece certo supor que cada vez mais a jurisdição estatal vem assumindo um efetivo papel social, é saber, uma atuação cada vez mais presente no dia a dia das pessoas.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 78, jan./mar 2009.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 84, jan./mar 2009.

Nesta esteira, segundo Dworkin²⁸³:

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia.

Válido ressaltar, antes mesmo de se adentrar no próximo capítulo, que a importância do estudo histórico trazido ao início da pesquisa, em que foram evidenciadas as transições das Sociedades, em especial, do Brasil, está na demonstração de que as transformações sociais, políticas e econômicas enfrentadas pela humanidade refletiram e ainda refletem diretamente no campo do Direito.

Como apontou Martins, “a realização da justiça é direito natural do cidadão que ao Estado cabe assegurar. Não se trata de um direito concedido pelo Estado, pois se configura dever deste prover os meios à solução dos litígios e a pacificação social”.²⁸⁴

Assim, em tempos de Globalização, da substituição da era industrial para a tecnológica/digital e, portanto, de surgimento de novos e mais complexos conflitos que baterão às portas do Judiciário, o aprimoramento da função jurisdicional que passe a agregar complementarmente mecanismos alternativos de Pacificação Social parece representar uma boa proposta ao contexto atual, pelos motivos que serão mais bem delineados nos capítulos que seguem. Militar por outros métodos que possam trabalhar ao lado do Poder Judiciário reforça a ideia de que o Estado se propõe a buscar formas de minimizar a crise, no intuito de bem atender a Sociedade.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 9-15. Título original: *Law's empire*. Primeira edição em: 1986.

²⁸⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à Justiça. In: MARTINS, Pedro A. Batista. LEMES, Selma M. Ferreira & CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 4.

1.3.4 Comentários sobre a redemocratização brasileira²⁸⁵

De forma propedêutica, pontuam-se algumas considerações acerca da categoria “democracia”. Em sua obra “Processo e Democracia”, Abreu²⁸⁶ ilustrou que, etimologicamente, democracia significa o “governo do povo”. Ainda que não suficientemente explícita, referida definição agrega a ideia de que a participação dos cidadãos é indispensável na tomada de decisões de cunho político. Para o autor, “no debate sobre a democracia contemporânea, o termo democracia designa uma forma ideal jamais atingida”, pois ela só “existe realmente quando a distância que separa o Estado da vida privada é reconhecida e garantida por instituições políticas e pela lei”.

Streck e Morais²⁸⁷ completam esta ideia ao afirmar que “as lutas históricas em prol da democracia nos mostram quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isto, conservá-la”. De outra perspectiva, os autores analisam que “a democracia é a única Sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo”, visto que “não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados.” Ressaltam ainda que “nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado”. Por isto, consideram a democracia como a “sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo.”

Bobbio²⁸⁸ afirmou que se está chegando a um convencimento geral de

²⁸⁵ “Período histórico marcado pelo enfrentamento político via luta pelo fim do regime militar e retorno da democracia, em defesa das liberdades democráticas, apoiando a reforma agrária, tendo uma forte atuação cultural, lutando pela anistia ampla, total e irrestrita, apoiando a campanha pelas Diretas Já! Lutando por uma constituinte soberana e democrática, dentre outras consignas, lastreada pelo texto constitucional de 1988.” (PADRÓS, Enrique Serra *et al* (Org.). **Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória**. v.4. O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização. Porto Alegre: Corag, 2009. p. 176.)

²⁸⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 484, 486.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 109-110.

²⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

que o ideal da paz perpétua só poderá ser perseguido mediante uma democratização progressiva e, para tanto, esta democratização não poderia estar dissociada de uma “gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados”.

De sua parte, Vaz e Savaris²⁸⁹ assinalaram que, a partir dos anos 60, uma parcela da problemática do Acesso à Justiça, nos Países desenvolvidos, estava ligada a questões do acesso “das minorias” à Justiça, bem como do reconhecimento de direitos a estas parcelas menores da população (homossexuais, estrangeiros, entre outros); ou seja, nessas nações o centro da ampliação da acessibilidade estava voltado à ampliação de direitos dos cidadãos e à sua prática.

Contudo, diferentemente do que ocorria nos Países centrais onde se buscava a ampliação do *Welfare State* e a Efetividade dos direitos já conquistados, no Brasil ainda se pretendia a expansão dos direitos básicos das “maiorias” (saúde, assistência social, moradia, por exemplo). Vaz e Savaris²⁹⁰ explicam que foi neste contexto que, em meados da década de 80, a democratização do Poder Judiciário incorporou-se à pauta de advogados, juízes, promotores, acadêmicos e militantes de organizações de assistência jurídica e comitês de direitos humanos, em acirrado debate sobre temas como a ampliação do Acesso à Justiça das classes mais baixas, a racionalização e a redução dos custos dos serviços judiciários, dentre outras matérias discutidas. Estes assuntos levados a efeito pelas comissões enlaçam-se “com a questão da democracia e da própria cidadania, direitos humanos universalmente reconhecidos que demandam a disponibilização e a generalização de recursos necessários ao seu exercício e à sua garantia”.

Vaz e Savaris²⁹¹ prosseguem afirmando que todo o esforço desta parte da

²⁸⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html. Acesso em: 22 dez. 2014.

²⁹⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html. Acesso em: 22 nov. 2014.

²⁹¹ VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária.** Disponível em:

população que buscava a ampliação dos direitos sociais deflagrou no fortalecimento da Sociedade civil, abrindo “a possibilidade concreta de intensificar a luta pelo aprofundamento da democracia deliberativa, no sentido da efetiva participação dessa sociedade civil nos processos decisórios de relevância para os seus destinos”.

Bonavides²⁹² agrega a este entendimento a ideia de que o Estado brasileiro “aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais.” E como diz Sales²⁹³, “a atuação do Poder Judiciário, num regime democrático, deve visar à efetivação da cidadania que pode ser representada pela garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos”, pois de nada adiantaria conferir direitos aos cidadãos sem que lhes fossem concedidos mecanismos para a efetivação desses direitos.

De fato, como postulou Abreu²⁹⁴, na Democracia contemporânea, o Poder Judiciário absorveu um papel indeclinável. Com a Constituição da República de 1988, o Brasil passou a um novo patamar civilizatório “transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo”.

Nesta senda, Barroso²⁹⁵ acrescenta que o espírito democrático acabou por reacender a cidadania no País. Com a ampliação da consciência nacional acerca de seus direitos sociais, a população passou a requerer em maior intensidade a tutela de seus interesses perante juízes e tribunais. Destarte, “a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”. Com a mesma consciência, Nery e Nery Júnior²⁹⁶ sintetizam: “a (re)constitucionalização de 1988

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html. Acesso em: 22 dez. 2014.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 378.

²⁹³ SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2004. p. 77.

²⁹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito**. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 492.

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

²⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

propôs um período de confiança e estímulo ao cidadão em relação aos órgãos jurisdicionais.”

Nesse contexto, sugere-se a afirmação de que a Constituição da República pós-ditadura militar além de ser fator preponderante para a redemocratização do País, teria trazido consigo um alargamento na busca ao Poder Judiciário para tutelar os direitos outrora inobservados. Se houve, portanto, ampliação do acesso formal, aumentaram os Conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário brasileiro.

Diante desse cenário, parece necessário que se abordem questões relacionadas ao Conflito, inclusive com breve abordagem interdisciplinar; que se discuta a questão relacionada ao Acesso à Justiça, como princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88) e a crise provocada pelo congestionamento de demandas judicializadas, o que se fará no Capítulo que segue.

CAPÍTULO 2

O ESTUDO DO CONFLITO, O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Este capítulo traça os aspectos relacionados à conflituosidade das relações humanas e a busca por pacificação. Sem pretensão exaustiva, o objetivo é explorar o Conflito num exame interdisciplinar, conectando-o brevemente à Sociologia e à Psicologia, destacando-se, dentre outras questões, os aspectos relevantes da psique e do comportamento humano que podem obstar o alcance da pacificação dos dissensos.

Segue-se então para o estudo das vias de resolução dos Conflitos, inicialmente pela autotutela, evoluindo para a Jurisdição estatal, para então analisar-se a possibilidade de se estabelecer na Jurisdição brasileira mecanismos consensuais de resolução dos Conflitos levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

2.1 OS CONFLITOS DE INTERESSES RESISTIDOS E OS MECANISMOS PARA A SUA SOLUÇÃO

2.1.1 Considerações iniciais

A parte que se inicia no presente estudo pretende sustentar a possibilidade de caminhos para a desconstrução do paradigma da litigiosidade, tão arraigado à mentalidade dos Operadores do Direito; visa, ainda, trazer à tona alguns sistemas capazes de fomentar uma nova cultura voltada à efetiva resolução dos Conflitos mediante a utilização de mecanismos diferentes do tradicional e burocrático modelo processual. Para o desenvolvimento do tema, servirão de esteio, primordialmente, as percepções de Hobbes, Castillo, Moore, Fisher, Watanabe, Calmon e outros.

O Conflito é inerente ao homem.²⁹⁷

²⁹⁷ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.).

Conforme Hobbes²⁹⁸, naturalmente todos os seres humanos possuem o “Direito de Natureza”, a partir do qual dispõem da liberdade de gozar de seu próprio poder da maneira que bem pretenderem, agindo livremente, sem impedimentos externos, realizando suas aspirações conforme a sua razão²⁹⁹.

Entretanto, embora os homens estejam revestidos deste “Direito Natural”, é notório que a vida social segue um ritmo harmônico, segundo uma constante bem ordenada, em que os atores procedem, em geral, pacificamente, limitados pelo dever de respeitar os demais.³⁰⁰

Hobbes³⁰¹ entende que este ciclo equilibrado que se percebe no interior das Sociedades pode ser compreendido pela existência de uma “Lei Natural” (*lex naturalis*), estabelecida pela razão, segundo a qual o homem fica impedido de fazer aquilo que possa destruir a própria vida ou limitá-lo de usufruir dos meios necessários para preservá-la, posto que, na medida em que permanecer o Direito de todo homem dispor de todas as coisas (“Direito Natural”), premente será a insegurança de se viver todo o tempo que normalmente a natureza permite aos seres de viver. Por outro lado, se os outros homens, assim como ele próprio, passarem a renunciar parte deste impulso natural em benefício da Sociedade, o seu tempo de vida se tornará maior e a convivência pacífica. A transferência mútua destes direitos é aquilo a que Hobbes denominou de “contrato social”³⁰².

Grandes Temas da Atualidade: mediação, arbitragem e conciliação. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19.

²⁹⁸ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 47. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

²⁹⁹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 47. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

³⁰⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13.

³⁰¹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 47. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

³⁰² É bom que se diga que à teoria do contrato social Kant denominou de *contractus originarius*, a qual é discutida e seguida com certa variação por diversos filósofos, como Locke e Rousseau, contrapondo-se a elas David Hume e Adam Smith, os quais acreditam que, na prática, o contrato

Carnelutti³⁰³ disse que a violência torna difícil a vida em Sociedade; desta forma, “os homens se sentem impulsionados a encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social, que é o interesse coletivo supremo”.

Em todos os momentos da história, o homem vem tentando compreender e desenvolver uma solução para a convivência entre os iguais, porquanto mesmo que a humanidade siga normalmente um ritmo harmônico, as relações sociais nem sempre são de coordenação de vontades. Como anotou Camp³⁰⁴, o Conflito é uma constante em todas as culturas e épocas da humanidade, a qual empreende grande parte de seus esforços para encontrar as melhores formas de convivência.

Diante desse impulso natural à subversão entre os sujeitos e também ante o anseio desses mesmos seres pela pacificação de suas contendas em nome, principalmente, da tranquilidade pessoal, tornou-se premente a existência de normas que determinassem e limitassem a conduta dos sujeitos indispostos a seguir a Lei Natural de convivência.

Nesse sentido, consoante Moore³⁰⁵ “devido ao caráter nocivo do conflito e aos custos físicos, emocionais e financeiros que frequentemente resultam das disputas, as pessoas têm sempre buscado maneiras de resolver suas diferenças”.

Pérez³⁰⁶ identificou que a Sociedade em seu estado primitivo natural adotava a autotutela como meio de defesa. Entretanto, em suas construções,

social não existe, uma vez que, para estes, os homens surgem em uma Sociedade já estruturada e as desigualdades presentes nestes grupos sociais impedem a realização de um acordo equitativo, “formando a sociedade em decorrência dos princípios de autoridade e utilidade, que expressam obediência e auto-conservação”. (CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 14).

³⁰³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 62-63.

³⁰⁴ CAMP, Eduard Vinyamata. Introducción a la conflictología. In: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010. p. 183.

³⁰⁵ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 19.

³⁰⁶ “substituindo-se a ação direta frente ao adversário pela ação dirigida para o Estado, a fim de que os órgãos especialmente instituídos para isso acolhessem e atuassem nas pretensões deduzidas por um sujeito frente ao outro” (tradução livre do autor da presente Tese). PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 19.

ponderou que o caos da prevalência do mais forte transformou-se ao longo dos anos em uma ordem jurídica, na qual passou a predominar o critério de um sujeito imparcial “sustituyendose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado, a fin de que órganos especialmente instituidos para ello acogieron y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a outro”.

Cogita-se, portanto, que o Direito parece ter nascido também desta necessidade de erradicar as perturbações que naturalmente eram – e ainda parecem ser – geradas pela convivência humana, por meio do estabelecimento de regras destinadas a fixar os limites de atuação de cada indivíduo, de modo que se pudesse eliminar a brutalidade da autotutela, conservando, assim, a Sociedade. Conforme observou Atienza³⁰⁷, “o Direito existe porque existe o conflito.”

Assim, a bem da paz social, o Estado passou a limitar a atuação dos indivíduos inseridos em um contexto social por intermédio dos ditames legais. A Lei Natural, apontada por Hobbes, parece não ter sido suficiente para limitar as inquietações entre os sujeitos e, ao longo dos anos, viu-se que a normatização dos direitos também não teria sido capaz de eliminar, sozinha, os Conflitos sociais, mormente porque as regras nem sempre são atendidas de forma espontânea pelos indivíduos, tornando necessária a intervenção estatal ou de particulares, a fim de ver restaurada a paz entre os conflitantes.

Consoante será mais bem elucidado a seguir, a criação de um órgão para gerir estes Conflitos de interesses resistidos foi um avanço significativo para um melhor tratamento visando à Pacificação Social. Entretanto, a evolução da Sociedade aparenta ter demonstrado que a busca exacerbada ao Poder Judiciário como único ou excessivamente preponderante mecanismo de solução de controvérsias tem desencadeado uma grave e crescente crise neste sistema, como já abordado em tópicos anteriores, situação que fundamenta a necessidade de um novo pensar.

2.1.2 O Conflito: aspectos sociais e psicológicos

³⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora. 2014. Título original: *El sentido del Derecho*. p. 42.

Ultrapassada a análise acerca da carga natural atribuída aos Conflitos, relevante, agora, analisá-lo em seus aspectos social e psicológico, nessa tentativa (breve, mas necessária) de interdisciplinarizar o presente estudo.

Assim, ainda que sem pretensão exaustiva em relação aos temas, principia-se o assunto ressaltando a percepção social do Conflito no mundo jurídico para, após, dar destaque à análise que permeia o campo da psicologia jurídica. Esta, definida por Pinheiro³⁰⁸ como sendo o “estudo do comportamento de pessoas e grupos em um ambiente juridicamente regulamentado, assim como o estudo da evolução dessa regulamentação jurídica, de acordo com os interesses dessas pessoas e grupos sociais”, tendo como objetivo “explicar a essência do fenômeno jurídico, ou seja, a fundamentação psicológica do direito, uma vez que o direito está repleto de conteúdos psicológicos”.

Grosso modo, Muller³⁰⁹ define o Conflito como “o confronto da minha vontade com a do outro, cada um querendo fazer ceder a resistência do outro”.

Malgrado a conceituação genérica, Carnelutti³¹⁰ classificou os Conflitos de forma a demonstrar que nem todos os contrassensos constituem uma circunstância elementar de fenômeno jurídico. Nesta perspectiva, o jurista considerou que quando o Conflito se apresenta entre os interesses de uma mesma pessoa, é possível que este confronto se resolva naturalmente. Por outro lado, se se apresenta entre duas pessoas distintas, emana o perigo de uma solução violenta. Para o estudioso, neste último exemplo, à margem da existência do Direito, “é possível que o conflito a que dê lugar tenha uma solução pacífica. Os dois antagonistas podem cair *em si* [...] e encontrar a razão para limitar a satisfação de sua necessidade a fim de que possa ser satisfeita a necessidade alheia”, hipótese que denominou de solução “moral” do Conflito. “Ou bem podem encontrar fora de si o motivo da limitação, quer seja no medo da força do outro, quer no temor à força de um terceiro, a quem desagrade a solução violenta do conflito”, estas duas hipóteses o autor nomeou de solução

³⁰⁸ PINHEIRO, Carla. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

³⁰⁹ MULLER, Jean-Marie. **O Princípio de não-violência**: percurso filosófico. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Direito e Direitos do Homem, 1995. p. 17. Título Original: *Le Principe de non-violence*.

³¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de: Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 60-61.

“contratual” e solução “arbitral”.³¹¹

Nesta linha, Carnelutti³¹² explica, então, que o litígio ocorre quando “a pretensão do titular de um dos interesses em Conflito se opõe a resistência do titular do outro”. Assim, uma situação que antes poderia ser entendida como um simples Conflito de interesses passa a ser apresentada como uma pretensão resistida, a que se denomina litígio. Como disse Grau³¹³, “o *litígio* é, nitidamente, um *episódio do conflito*”.

O enfoque dado por Carnelutti ao Conflito é corrente na doutrina jurídica, pois expressa a usual definição do que é o litígio. No entanto, outros autores têm feito uma interpretação mais abrangente, classificando o Conflito conforme a sua implicação na vida social³¹⁴, grau de desenvolvimento e intensidade.

Ochoa *et al*³¹⁵ classificam o Conflito de acordo com o campo onde se apresenta: econômico, político, social, étnico, geográfico ou ambiental; e de acordo com os sujeitos envolvidos: individuais, coletivos, com terceiros envolvidos. Concluem os autores que dependendo de como o Conflito é tratado, logra-se sanar relacionamentos ou estabelecer rupturas e violência de todos os tipos, tanto individualmente como na comunidade como um todo. Traçam este século como o mais violento da história da humanidade e consideram a seguinte pergunta como a o próximo milênio: “¿Vamos a poder encontrar formas para entendermos unos con otros, para poder tratar los conflictos en formas positivas, productivas en lugar de estaforma destructiva?”.

Ainda sobre a classificação, vale destacar os estudos de Moore³¹⁶, que

³¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 61.

³¹² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 93.

³¹³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 26.

³¹⁴ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

³¹⁵ “Vamos poder encontrar formas para nos entendermos uns com os outros, para poder tratar os conflitos de formas positivas, produtivas ao invés desta forma destrutiva?” (Tradução livre do autor da presente Tese). OCHOA, José Ignacio *et al*. **Teoría del conflicto y la decisión**: Métodos alternativos de resolución de conflictos. Universidad Nacional de Córdoba, Outubro de 2005. p. 7-16.

³¹⁶ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed.

divide os Conflitos em latentes, emergentes e manifestos:

Conflitos latentes são caracterizados por forças implícitas que não foram reveladas de forma plena e não chegaram ainda a um conflito extremamente polarizado. [...] Exemplos de conflitos latentes são mudanças nos relacionamentos pessoais em que uma parte não tem consciência da seriedade da discórdia ocorrida [...].

Conflitos emergentes são disputas em que as partes são identificadas, a disputa é reconhecida e muitas questões estão claras. Entretanto, não ocorreu uma negociação cooperativa viável ou um processo de resolução de problemas, os conflitos emergentes têm um potencial para crescer se um procedimento na resolução não for implementado. Muitas disputas entre colegas de trabalho, empresários e governos ilustram esse tipo de conflito [...].

Conflitos manifestos são aqueles em que as partes estão envolvidas em uma disputa ativa e contínua, que podem ter começado a negociar, tendo chegado a um impasse. O envolvimento do mediador em conflitos manifestos, em geral, consiste em mudar o procedimento de negociação ou em intervir para adiar um determinado prazo [...].

Observados os aspectos sociais dos Conflitos, inseridos em um contexto de disparidade de percepções que podem resultar no litígio, importante agora dar lugar, ainda que de forma exemplificativa (e com intuito interdisciplinar breve), à pesquisa referente aos aspectos psicológicos que dão origem ao Conflito ou que podem dificultar sua resolução. Como bem observou Manzi³¹⁷, “a preocupação com a solução jurídica é importante, mas não pode ser a única; a própria solução jurídica implica no uso de conhecimentos interdisciplinares, inclusive psicológicos”.

Neste momento, faz-se um breve adendo para dizer que a proposta de se atingir o campo interdisciplinar, no presente título, tem como escopo a localização das raízes psíquicas dos Conflitos, porquanto, como se disse acima, as questões emocionais muito influenciam na forma de se conduzir o pretense apaziguamento das colisões de interesses e, portanto, não podem ser desconsideradas quando se busca o bem-estar dos envolvidos.

De fato, a prática jurídica tem demonstrado que a questão psicológica afeta no nascer, no desenvolvimento e também no eventual término ou abrandamento do Conflito. A congregação de diversos fatores sociais, biológicos e

Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 24.

³¹⁷ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

psicológicos faz que os indivíduos recebam um mesmo fato de maneira e intensidade diversas, uma vez que “as percepções de cada ser humano são únicas e sempre agregam valores, de modo que as impressões sensoriais adquirem o significado que o sujeito atribui”³¹⁸.

Nessa senda, Mangini e Fiorelli³¹⁹ postulam que “quando as partes envolvidas *pensam e empregam linguagens muito diferentes*, a incompatibilidade aumenta; situações banais, que nada teriam para gerar conflitos, provocam reações e comportamentos diferentes” e estas diferenças e incompatibilidades de pensamentos e linguagens que contribuíram para o estabelecimento e a manutenção dos Conflitos “mais tarde, tornar-se-ão empecilhos para *soluções satisfatórias*”.

Assim, a formação emocional de cada um (questão a ser estudada mais adiante) é fator que vem à tona no momento em que o confronto passa a ser gerido. Como disse Fernando Pessoa³²⁰: “somos todos escravos de circunstâncias externas”.

Manzi³²¹ já afirmou que “quando o juiz descobre a real razão da pretensão, fica muito mais fácil tanto a apuração da verdade quanto o romper das resistências para se chegar a um acordo que contente às partes”. Para ele, o sentimento do juiz, a partir das alegações das partes e das provas coligidas, será refletido quando da prolação da Sentença. Assim, “se o juiz deve estar convencido para poder sentenciar, as partes devem ser convencidas para que venham a transacionar, conciliar”. Portanto, “se o convencimento do juiz decorre da técnica [...] o convencimento das partes decorre de motivações psicológicas ou econômicas, sendo as jurídicas meramente secundárias”.

Com esteio nestas e em outras percepções, Fiorelli *et al*³²² compilaram

³¹⁸ TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da Magistratura**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 66.

³¹⁹ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29. [grifos dos autores]

³²⁰ PESSOA, Fernando. **O livro do desassossego**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 65.

³²¹ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

³²² FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e**

uma série de características acessórias de natureza psíquica que dificultam a pacificação entre os litigantes. Assim, destacaram as seguintes causas relacionadas à psique que se imiscuem no momento da busca pelo apaziguamento dos interesses: a) esquemas rígidos de pensamento³²³; b) pensamentos automáticos³²⁴; c) crenças inadequadas ao contexto³²⁵; d) fenômenos de percepção, entre eles o denominado “efeito de figura e fundo”³²⁶; e) comportamentos condicionados³²⁷; f) experiências anteriores³²⁸; g) influências de natureza sociocultural³²⁹.

Construídas essas premissas, parece ser possível perceber, conforme Pinheiro³³⁰, que a solução para cada dissenso requer um método adequado “à sua natureza, às características dos envolvidos, às experiências pessoais dos

Solução de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

³²³ A primeira causa assinalada pelos estudiosos, “esquemas rígidos de pensamento”, diz respeito às “interpretações que um indivíduo faz do mundo estruturam-se progressivamente, durante seu desenvolvimento, constituindo regras ou esquemas de pensamento” e estas firmes convicções faz com que os atores dos Conflitos tornem-se “incapazes de atinar com qualquer solução diferente daquela que imaginam” (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 10).

³²⁴ A segunda causa, “pensamentos automáticos”, refere-se aos caminhos predefinidos pelos sujeitos que podem prejudicá-los, pois comandam os pensamentos automáticos como repulsa ou raiva que dificultam a pacificação. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 13-14).

³²⁵ O terceiro motivo, “crenças inadequadas ao contexto”, reflete as ideias sem vínculos com a realidade, são crenças recolhidas ao senso comum que, confrontadas com a realidade, geram Conflitos interpessoais. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 14-17).

³²⁶ A quarta razão, “fenômenos de percepção”, representa o “mecanismo por meio do qual a pessoa INTERPRETA os fenômenos do mundo que a cerca e do mundo interno a ela”, o que dificulta o apaziguamento das contendas uma vez que o indivíduo percebe as situações de acordo com suas expectativas. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 17-19).

³²⁷ A quinta justificativa, “comportamentos condicionados”, demonstra que os comportamentos condicionados que, conforme Freud, estão na essência da natureza humana, compromete a racionalidade de uma Negociação, porquanto “palavras ou gestos de um litigante desencadeiam comportamentos (respostas condicionadas) no outro”. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 20-21).

³²⁸ As “experiências anteriores” compõem a sexta razão da emergência do Conflito, revelando que os modelos constituem o repertório comportamental dos indivíduos. Os comportamentos aprendidos ao longo da vida, como a agressividade, serão expostos no momento em que o sujeito entender como adequado, dificultando o abrandamento das negociações. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 22-23).

³²⁹ O último dos motivos em destaque “influências de natureza sociocultural” explicam que os “comportamentos possuem fortíssimos componentes socioculturais”. (FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-25).

³³⁰ PINHEIRO, Carla. **Psicologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 103.

envolvidos, além de outros fatores que se combinam para indicar o caminho adequado”, justamente porque cada método de pacificação adotado “afeta, psicologicamente, os participantes: julgadores, advogados, partes envolvidas, testemunhas e outros interessados”.

Sob outro aspecto, Mangini e Fiorelli³³¹ observam que controlar as próprias emoções é essencial e que tal comando deve ser observado não apenas pelas partes como também pelos profissionais envolvidos.

Neste sentido, parece certo dizer que até mesmo os terceiros que buscam neutralizar o Conflito podem ser psicologicamente afetados no decorrer da busca pela pacificação. Para exemplificar, pode-se citar que não raramente há juízes que declinam de sua unidade jurisdicional para outras varas que demandam menos de seu emocional; também é muito comum encontrar advogados que não suportam a carga de advogar em favor de criminosos ou não se ambientam em confrontos familiares. Estes comportamentos refletem o desgaste psíquico que reveste um confronto e que nem todos são capazes de suportar. Já dizia Piske³³² que o judiciário recebe “da sociedade o conflito humano mais doloroso e, com ele, homens e mulheres divididos pela disputa com seus semelhantes”.

Parece válido sustentar, contudo, como afirmaram Mangini e Fiorelli³³³, que “não tem qualquer fundamento a hipótese de que um bom profissional deva (e consiga) atuar *sem se deixar emocionar* [...] o desafio é *emocionar-se sem se contaminar pelas emoções próprias e dos participantes*”. Isso porque deixar-se dominar pela emoção pode comprometer a percepção, atenção, pensamento e memória, abrindo espaço para “enganos de raciocínio (falsas interferências, conclusões inadequadas), falhas de percepção, (fixação em *figura* inadequada, eliminação de detalhes), lapsos e outros fenômenos psíquicos”. Segundo os autores, “as emoções sujeitam o indivíduo a crenças inadequadas, esquemas rígidos de pensamentos, pensamentos automáticos, preconceitos, e fazem aflorar mecanismos

³³¹ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 176.

³³² PISKE, Oriana. Nova postura político-social do poder judiciário. **Revista Bonijuris**, Janeiro 2013, ano XXV, n.590, v.25, n. 1. p. 35.

³³³ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 176-177.

de defesa que comprometem o desempenho no papel”.

Resignando este contexto que permeia a mente humana, Fisher *et al*³³⁴ consideram que “o conflito é uma indústria em crescimento”, em razão de diversos fatores contemporâneos que contribuem para isto, tais como: a diversificação das aspirações de indivíduos e grupos; o aumento da complexidade dos afazeres; a conscientização das pessoas em relação a seus direitos; o surgimento de novas tecnologias que despertam para novas possibilidades; as mensagens veiculadas pelos meios de comunicação.

Para acompanhar os avanços e complexidades das novas relações sociais, “necessitamos de uma Justiça contemporânea do século em que vivemos”³³⁵. Para tanto, parece certo afirmar que as atenções para os Meios Alternativos de resolução de Conflitos devem ser ampliadas, a fim de que se consiga constituir um sistema capaz de atender às diversas variações dos litígios, com profissionais cada vez mais capacitados, que consigam fazer que as partes atinem para as soluções mais adequadas.

Carvalho³³⁶ já ponderou que “o homem contemporâneo e em especial o operador do direito deve abandonar a cultura do menor esforço mental para o raciocínio, levando em conta a aplicação do direito à realidade, e da realidade ao direito”. Prossegue o autor afirmando que é necessário que o operador do Direito faça “uma análise multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, de modo a permitir uma ampla e irrestrita análise de todos os elementos para buscar uma solução jurídica equânime e justa”. Nesse passo, Siqueira e Crisigiovanni³³⁷ sopesam que “é cada vez mais evidente, através das pesquisas da Psicologia Social e com a contribuição da Sociologia e Antropologia Social, que os problemas

³³⁴ FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 15.

³³⁵ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Arbitragem e crise judiciária. *In: Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 55, n. 170, out./dez. 2004, p. 17.

³³⁶ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 123, 243.

³³⁷ CRISIGIOVANNI, Cirinéa Lúcia Marcante; SIQUEIRA, Ilma Lopes Soares de Meirelles. A contribuição da psicologia para a formação dos magistrados. *In: CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; MIRANDA, Vera Regina. Psicologia jurídica: temas de aplicação I*. 1.ed. (2007), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2014. p. 253.

humanos são interpessoais”.

Por oportuno, anota-se que não se supõe que todos os confrontos passem a ser imediatamente observados em todos os seus aspectos, resolvidos em sua raiz e que a Pacificação Social seja estabelecida. Tal pretensão seria absolutamente utópica. Entretanto, o que se defende é a ideia de se apontar caminhos capazes de estabelecer o máximo de bem-estar àqueles que litigam e isto porque, conforme Muller, “a paz não é, não pode ser e nunca será a ausência de conflitos, mas o domínio, a gestão e a resolução dos conflitos por meios diferentes da violência destruidora e mortífera”.³³⁸

2.1.3 Maneiras primárias de resolução dos conflitos

Como disse Facchini Neto³³⁹, se o homem “vivesse sozinho, disporia de uma liberdade absolutamente ilimitada – poderia apropriar-se de qualquer coisa, destruí-las, usá-las ou se abster de qualquer uso, ao seu bel-prazer”. Sendo o homem um ser gregário, muito já se falou acerca da necessidade de uma Sociedade possuir um mecanismo regulador do comportamento dos indivíduos e dos grupos, a bem da própria sobrevivência. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*³⁴⁰.

Nos primórdios da civilização, em épocas em que não se concebiam leis gerais e abstratas ou quando o Estado ainda não detinha o poder de ditar as normas jurídicas que, com soberania e autoridade, pudessem garantir o efetivo cumprimento dos direitos, conforme Grinover, “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.”³⁴¹

³³⁸ MULLER, Jean-Marie. **O Princípio de não-violência**: percurso filosófico. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Direito e Direitos do Homem, 1995. p. 18. Título Original: *Le Principe de non-violence*.

³³⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. **Revista jurídica**, Fonte do Direito, novembro de 2006, p. 54.

³⁴⁰ “Onde está o homem, há Sociedade; onde há Sociedade, há Direito” (tradução livre do autor da presente Tese). ULPIANUS, Eneo Domitius. Disponível em: <http://direitopucpr.blogspot.com.br/2008/08/ulpiano-e-suas-trs-premissas.html>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

Estava-se diante de um modelo de Justiça em que os interesses eram satisfeitos por aqueles que detinham a maior força e poder; tratava-se, pois, da autotutela, a “justiça do mais forte sobre o mais fraco”. Nos dizeres de Catena³⁴², pela autotutela “el conflicto se soluciona coactivamente por la parte más fuerte o que ocupa una posición hegemônica [...] que lleva a los particulares a ‘tomarse la justicia por su mano’”.

Superado este momento em que os litígios eram resolvidos com recurso à força física, passou-se à fase da autocomposição “pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele.”³⁴³

Cretella Neto³⁴⁴ também explica que neste período da autocomposição “as partes negociavam até chegar a um acordo que pusesse fim à desavença”. Todavia, ponderou que ainda assim “persistia a ausência de mecanismos coercitivos, capazes de fazer cumprir o acordo, ou seja, se uma das partes não agisse conforme combinado, somente por meio da força, exercida pela outra, faria o que dela se esperava”. Assim, “a autotutela manifestava-se novamente, agora na fase de execução do acordo.”

Conforme Pérez³⁴⁵, a experiência fez que os incivilizados entendessem os graves danos de se autotutelarem, pois, ao se defenderem desta forma, outras perturbações maiores como desavenças, injúrias e mortes surgiam. Assim, consultando outros meios que pudessem melhorar a segurança entre os indivíduos, sem as rusgas anteriormente indicadas, concordaram em unir-se em Sociedade e confiar suas defesas e todos os seus direitos a uma pessoa que, observando-os de forma imparcial, a eles distribuiria os direitos, conservando a paz e a Justiça.

³⁴² “O conflito é solucionado coercitivamente pela parte mais forte que ocupa uma posição hegemônica [...] que leva os particulares a ‘tomar a justiça pelas próprias mãos’” (tradução livre do autor da presente Tese). CATENA, Víctor M.; CEBRIÁN, Marco V.; FLUJA, Vicente G.; MANZANARES, Raquel C.; SUARÉZ-BÁRCENA, Emilio; CONTRERAS, Luis M. **Manual de Organización Judicial**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 72-73.

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

³⁴⁴ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 2.

³⁴⁵ PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 19-26.

Em seus estudos, Grinover³⁴⁶ estabelece que, pouco a pouco, os indivíduos passaram a buscar “soluções imparciais por decisão de terceiros, pessoas de confiança mútua das partes, que resolvessem seus conflitos”, surgindo assim os árbitros, sacerdotes e anciãos, os quais “agiam de acordo com a vontade dos deuses ou por conhecerem os costumes do grupo social integrado pelos interessados”.

Neste sentido, Moraes e Spengler³⁴⁷ também anotam que em um primeiro momento estabeleceu-se na Sociedade “o instituto da arbitragem, no qual as partes designavam uma pessoa alheia a elas, depositária de confiança e credibilidade, para decidir a respeito da controvérsia”. Mais tarde, com as mudanças sofridas pela Sociedade e diante da ascensão da figura do Estado, o poder decisório transferiu-se gradualmente para o Estado, que passou a decidir por intermédio de uma terceira pessoa, agora, designada por ele próprio, dando início à sua função jurisdicional.

Nesse primeiro estágio de transferência de poderes, a processualística seguia uma ordem consubstanciada em duas fases. A primeira delas caracterizava-se pelo momento em que as partes dirigiam-se ao pretor (magistrado) e nomeavam um árbitro. Em um segundo momento, os contendores levavam as suas adversidades a este árbitro, que recebia do pretor o poder de decidir e passava a dirimir as contendas. Desta forma, o Estado aumentava o seu poder paulatinamente e, via de consequência, iniciava um processo de criação de regras norteadoras das decisões a serem proferidas, impondo-se sobre os particulares e substituindo a Justiça privada pela Justiça pública.³⁴⁸

Grinover³⁴⁹ pondera que, à medida que o Estado foi se afirmando e se

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

³⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116.

³⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116.

³⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

impondo aos particulares, “nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da Justiça privada para a Justiça pública.” Desse modo, nascia a Jurisdição que acabou absorvendo todo o poder de dirimir Conflitos e pacificar pessoas, “tornando-se monopólio do Estado”.³⁵⁰

Considerando o Direito Romano, a denominada “Justiça pública” consolidou-se no período da *cognitio extra ordinem*. Este sistema afastava as antigas fases processuais e os Conflitos passavam a ser resolvidos por apenas um julgador, ou seja, um órgão público. Cretella Júnior³⁵¹ descreve que este novo aparelho, que arredava os traços privatísticos do processo romano, fez com que desaparecesse a antiga divisão da instância romana em duas fases, não se falando mais na *ordo judiciorum privatorum*, “esquecem-se as regras de competência, de lugar e de dia, ligadas à noção de dias fastos e nefastos”. Nesse formato, “o mesmo titular reúne os atributos de magistrado e juiz, antes repartidos entre duas pessoas que atuavam, respectivamente, na primeira e na segunda fases processuais”.

Morais e Spengler³⁵² completam que os relatos adicionados acima constituem a transformação da tutela jurídica na Sociedade, não obstante, frisam que esta evolução “não se estabeleceu necessariamente nesta sequência clara e lógica como aparenta, afinal, a história humana não é retilínea, ao contrário, ela é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos”.

Tendo em conta a evolução histórica sintetizada, sem se ater aos períodos específicos em que ocorreram os eventos, parece ser possível pensar que no transitar da Sociedade os ideais da vingança privada ou da autotutela restaram superados pela Justiça pública. Assim, imposta a proibição da autotutela, o Estado passou a assumir o monopólio da Jurisdição. Nesta evolução, as relações sociais ficaram mais complexas, tornando “o Direito mais complexo [...], operando como redutor de complexidades, contribuindo para atenuar, nos cidadãos, o sentimento de

³⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

³⁵¹ CRETILLA JUNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 299.

³⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116.

insegurança diante dos riscos do ambiente social”³⁵³.

2.1.4 Métodos atuais de resolução de Conflitos

O Conflito é a exceção à regra e “ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido”, podendo se perpetuar ou ser resolvido. Se resolvido, restabelecer-se-á a harmonia e atingir-se-á a paz social.³⁵⁴

Importante dar destaque, em linhas iniciais, à observação empírica postulada por Mangini e Fiorelli³⁵⁵ para dar substrato àquilo que entendem como possibilidades de pacificação. Para eles, existem dois métodos de resolução de Conflitos: os métodos “informais” e os “métodos formais”. Assim, explicam que as práticas informais para lidar com os mais diferentes tipos de Conflitos podem ser subdivididas em três grupos, destacados entre a opção de “nada fazer”³⁵⁶ (“dar tempo ao tempo”); a da “acomodação”³⁵⁷; a do “aconselhamento”³⁵⁸.

³⁵³ VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 200, out./dez. 2013. p. 163.

³⁵⁴ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

³⁵⁵ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. *Psicologia Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 385.

³⁵⁶ “Apresenta vantagens e desvantagens, dependendo do conflito. Em algumas situações, a experiência sugere que o tempo dá conta do conflito. Eficaz nas desilusões amorosas, ele é o grande *band-aid* para as feridas da alma. Entretanto, ignorar o conflito pode ser uma pseudo-solução, excelente para mantê-lo latente e facilitar sua metamorfose em conflitos maiores e mais complexos. Algumas situações típicas em que famílias e Organizações optam por fazer de conta que o conflito não existe, em geral com resultados insatisfatórios.” (texto complementar do item 2.1.1 da obra MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. *Psicologia Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 385).

³⁵⁷ “Na acomodação, as pessoas solucionam o conflito por seus esforços e iniciativas, praticando mútuas e pequenas concessões. Ela evita ‘tempestades em copo d’água’, a transformação de um evento corriqueiro em uma batalha de grandes proporções. Situações desse tipo permeiam o cotidiano das famílias e das Organizações. [...] Ajustes e concessões ocultam insatisfações; ocasionalmente, as queixas revelam-se em brincadeiras de gosto discutível, em descontroles movidos a álcool no churrasco com os amigos, em insinuações de mau gosto, nas indelicadezas com o cônjuge (ou com os colegas) e coisas assim, culturalmente ajustadas. Quando as insatisfações acumuladas atingem níveis mais elevados, como cantou Chico Buarque (*e qualquer desatenção, faça não, pode ser a gota d’água...*) elas procuram outros canais para se manifestar. Um exemplo são as somatizações (gastrites, dores de cabeça, hipertensão e outros conhecidíssimos transtornos); aqui também se enquadram os leves transtornos mentais. Nem sempre, contudo, essas formas de acomodação (de relativa eficácia) ocorrem de modo benigno.(texto complementar do item 2.1.1 da obra MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. *Psicologia Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 386).

³⁵⁸ “A falência das soluções simplistas de ignorar o conflito, de acomodar-se a ele ou de tentar um acordo pela negociação, leva os envolvidos a buscar o aconselhamento de terceiros. Esse caminho constitui a opção natural para aqueles que se percebem despreparados ou incapazes de obter

Esses sistemas ditos informais também são chamados de “remédios caseiros” que são os procedimentos adotados intuitivamente por algumas pessoas para resolver um Conflito, antes de buscar algum especialista. Entretanto, para além destes mecanismos, há também os métodos “formais”, que podem ser divididos entre o método tradicional (julgamento) e os métodos alternativos (MESC – métodos extrajudiciais de solução de Conflitos), sendo estes últimos (métodos formais) o foco do presente estudo.

Na perspectiva de Castillo³⁵⁹, produzido o litígio, é necessário que este seja solvido por obra dos próprios litigantes, ou mediante a decisão imperativa de um terceiro. Neste aspecto, o autor aponta três possibilidades de se dissolver um litígio: a autodefesa, a autocomposição e o Processo Judicial, sendo estas as três vertentes de Pacificação Social mais adotadas pelas doutrinas e que serão seguidas neste estudo. Pondera-se, ademais, que estas ramificações não se encontram no mesmo plano e não oferecem as mesmas vantagens, nem necessariamente se repelem. Assim, importante a distinção entre elas.³⁶⁰

A essência da autotutela permanece a mesma daquela já apresentada, em que se viu que a vingança privada foi constituída pelos povos primitivos de maneira a assegurar os seus interesses por meio de uma coerção particular, sem intervenção estatal.

Sobre a autodefesa, Castillo³⁶¹ anota que esta modalidade “combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo”, sendo assim, “nas Sociedades organizadas a autotutela é, em regra, proibida, com exceção apenas para situações

solução satisfatória para a questão ou, simplesmente, por razões sócio-culturais. Procuram, então, as opiniões de pessoas mais experientes e ou respeitadas, tais como amigos, religiosos, parentes etc. O aconselhamento ineficaz agrava o conflito.” (texto complementar do item 2.1.1 da obra MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 386).

³⁵⁹ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 12.

³⁶⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 12.

³⁶¹ “[...] combina a parcialidade e o egoísmo, aparece desde o primeiro momento como uma solução deficiente e perigosa em grau superlativo” CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 12.

consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo”.³⁶²

Evidente que, na atualidade, o principal meio de defesa primitivo, a autodefesa, é um grande perigo à Sociedade, conforme o próprio homem concluiu ao longo de sua história. Embora admitida, é importante que se diga que no Estado brasileiro a autotutela tem sido restringida ao máximo pelo legislador. Entretanto, reconhece-se que nem sempre a substitutividade pode ser reclamada a tempo, de forma a tornar efetivo o Direito.

Nesse norte, algumas medidas de autodefesa ainda são reconhecidas no ordenamento pátrio, como é o caso – em âmbito civil – da exclusão de ilicitude de atos danosos a outrem (art. 188 do Código Civil); a execução de fato pelo credor à custa do devedor, em caso de urgência (parágrafo único, art. 249 do Código Civil); o desfazimento, pelo credor, em caso de urgência, de ato a que o devedor se obrigou a não praticar (parágrafo único, art. 251 do Código Civil); o desforço imediato para tutelar a posse (art. 1.210, § 1º do Código Civil); o penhor legal, em casos excepcionalíssimos (art. 1.467 a 1.472 do Código Civil); o Direito de retenção previsto em diversos artigos do Código Civil (art. 319; art. 527; art. 571 e 578; art. 633 e 644; art. 664 e 681; art. 708; art. 740, §3º e 742; art. 1.219 e 1.220; art. 1.433, II e 1.455, parágrafo único; art. 1.423, 1.507, §2º e 1.509 §1º).³⁶³

Castillo³⁶⁴ completa dizendo que, em vista desta permissibilidade da autotutela em grande parte dos Códigos Ocidentais para a defesa de direitos privados, não se pode olvidar a pertinência de determinados limites previstos nos ordenamentos contemporâneos que visam refrear alguns impulsos individuais.³⁶⁵

³⁶² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 24.

³⁶³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

³⁶⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 12.

³⁶⁵ “Recordemos asimismo los artículos 368 y 395 del código penal del Distrito [Espanhol], cuando castigan respectivamente como robo y despojo la disposición o destrucción, ejecutada por el dueño, de cosa mueble en manos de otro a título de prenda o hipoteca, y la ocupación de propia autoridad o el uso de um inmueble valiéndose de violencia o engaño, incluso si el bien es de su propiedad, siempre que se halle legalmente en poder de tercero”. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 36.

Em síntese, como regra, parece haver evidências no sentido de que a autodefesa deve ser considerada proscria pela existência do Estado, entretanto, isto não significaria dizer que esta regra não esteja revestida de exceções, porquanto nada poderia fazer o Estado onipotente e onisciente de maneira tal que possa estar presente ou socorrer todas as partes mediante o seu mecanismo processual.³⁶⁶

Os motivos ora expostos tentam explicar, pois, a subsistência da autodefesa, bem como as variedades de espécies em que se manifestam – as quais não se reduzem àquelas modalidades incidentalmente mencionadas, mas também as que podem ser reconhecidas ao se aprofundar o estudo processual de cada caso específico.³⁶⁷

Castillo³⁶⁸ afirma que a Carnelutti se devem os créditos da terminologia “autocomposição”. O autor explica que a composição de um litígio muitas vezes provém das próprias partes, sendo este arranjo de vontades denominado de “autocomposição”. Para ele, a autocomposição é um gênero do qual se cabe reconhecer várias espécies: a renúncia, o reconhecimento e a transação. E o critério de distinção entre estas deve atender “à suficiência da vontade de uma das partes ou à necessidade do consentimento para determinar a composição. Ou, em outras palavras: que a autocomposição pode derivar de um ato simples ou de um ato complexo”.³⁶⁹

De suas partes, Catena *et al*³⁷⁰ afiançam que a autocomposição constitui-se de um mecanismo intermediário para a solução dos Conflitos. Explicam que, na mesma linha da autotutela, nesta modalidade de resolução de dissensos, são as próprias partes que põem um fim ao Conflito, porém a diferença consiste no fato de que aqui a solução não se impõe por força, mas por meio de um acordo de vontades

³⁶⁶ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 36.

³⁶⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 37.

³⁶⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 36.

³⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 269.

³⁷⁰ CATENA, Victor M. (Director); CEBRIÁN, Marco V.; FLUJA, Vicente G.; MANZANARES, Raquel C.; SUARÉZ-BÁRCENA, Emilio; CONTRERAS, Luis M. **Manual de Organización Judicial**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 73.

– expreso ou tácito – dos interessados. O acordo decorrente da autocomposição pode ocorrer em função das partes, mediante fórmulas unilaterais (convencimento e renúncia), bilaterais (desistência e transação), ou por intermédio de um terceiro que transmita a sua visão – Mediação e Conciliação.

Como anotado nas primeiras linhas deste tópico, a doutrina corrente tem adotado as três ramificações apontadas por Castillo como sendo opções à dissolução dos litígios (autotutela, autocomposição e Processo Judicial). Entretanto, modernamente, parece ser necessário que se faça uma pequena adaptação terminológica quanto ao terceiro expediente – Processo Judicial –, transmudando a sua nomenclatura, a fim de se atingir uma abrangência capaz de tornar certa a incorporação do instituto da Arbitragem. Assim, passa-se a adotar o termo “heterocomposição” para definir a tutela dos interesses resistidos por intermédio da atividade judicial do Estado ou pela Arbitragem.

Diferente do que ocorre na autocomposição, na heterocomposição as partes se socorrem a um terceiro para que este ponha fim ao Conflito. Neste caso, conforme Catena *et al*³⁷¹, o terceiro atua *supra partes*, investido de autoridade para impor a sua decisão irrevogável.

Jiménez³⁷² anota que a diferença fundamental entre autocomposição e heterocomposição refere-se ao fato de que naquela, um terceiro – quando há – atua *inter partes* e a solução alcançada não é vinculante, enquanto que nos métodos heterocompositivos o terceiro atua *supra partes* e sua solução é vinculante para estas.

No que diz respeito aos modelos de heterocomposição, duas são as formas de compor o litígio: o Processo Judicial e a Arbitragem.

A função jurisdicional supõe um método de heterocomposição dos Conflitos, que se constituiu mediante a formação de um Processo Judicial que segue

³⁷¹ CATENA, Victor M. (Director); CEBRIÁN, Marco V.; FLUJA, Vicente G.; MANZANARES, Raquel C.; SUARÉZ-BÁRCENA, Emilio; CONTRERAS, Luis M. **Manual de Organización Judicial**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 73.

³⁷² JIMÉNEZ, José Ángel R. **Análisis crítico del sistema nacional español de arbitraje de consumo**. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007. p. 28.

a sua ritualística procedimental até atingir o resultado, que será expresso por meio da prolação de uma Sentença. Cretella Neto³⁷³ apontou que este meio de composição é chamado de resolução jurídica ou resolução pelas vias de Direito.

Castillo³⁷⁴ entende que, para que o Processo Judicial renda estes frutos – entendidos aqui como solução justa e pacífica –, é preciso que o terceiro imparcial que, mediante as partes decide o Conflito, seja mais forte que as partes, para que, definido o caso, possa impor sua vontade coercitivamente frente a qualquer intenção de desobediência.

Acerca deste mesmo instituto, Mancuso³⁷⁵ pondera que, ao se utilizar do processo como meio de composição da controvérsia, quando a demanda logra êxito para adentrar ao mérito da lide, a solução ofertada pelo Estado é impactante e polariza as partes em vencedor e vencido, “a par de representar uma mirada retrospectiva, que não pensa o porvir e não preserva a continuidade das relações, não raro perenizando as desavenças ou lançando os germens de conflitos futuros”.

Em sentido amplo e moderno, Abreu³⁷⁶ pontifica que o Processo Judicial deve ser entendido como “um instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo”, de forma que a decisão final “deve vir impregnada quase de um efeito injuntivo, para construir a norma para o caso concreto, exercitando o julgador [...] verdadeira psicoterapia social, subministrando remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social”.

Em um Estado Constitucional Democrático, impende, pois, ao julgador a quebra de paradigmas, posto que o “fazer Justiça” é muito mais do que a simples aplicação da lei. Assim, cogita-se que ao Estado-juiz não compete apenas uma atuação criativa em espaço nacional; em tempos de Globalização, de uma

³⁷³ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 2.

³⁷⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 14.

³⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 98, v. 888, outubro 2009, p. 32.

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 97.012008-7/1999. Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu. Sessão de 13 maio de 1999.

instantânea e diversificada rede mundial de divulgação de conhecimentos, cabe ao julgador a descoberta de novas fontes que ultrapassem as próprias fronteiras e que tornem justa a sua decisão, conforme os contornos sociais da época de sua prolação.

Como antes defendido, outro meio pacificador que se incorpora aos métodos de heterocomposição é a Arbitragem, porquanto se constitui como um meio privado de Acesso à Justiça, em que se elege um árbitro para solucionar a controvérsia. Strenger³⁷⁷ explica a Arbitragem como sendo um “sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação.”

Diante do exposto, parece certo supor que, afastada a autotutela em sua forma rudimentar, as controvérsias podem ser solucionadas pacificamente pela auto e heterocomposição, esta mediante ordem impositiva e aquela surgida do consenso entre as partes.

2.2 O ACESSO À JUSTIÇA

2.2.1 Considerações iniciais

Salanueva e González³⁷⁸ pontuaram que o Acesso à Justiça é o meio utilizado pela população para o ingresso de seus Conflitos e problemas na organização estatal. Advertem, contudo, para o fato de que esta, ainda que importante, não seria a única forma de que dispõem os cidadãos para resolver os seus Conflitos.

Dizia Aristóteles que “quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem a um juiz, e ir ao juiz é ir à Justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a Justiça viva.”³⁷⁹

³⁷⁷ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 33.

³⁷⁸ SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**. 1.ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011. p. 25..

³⁷⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4.ed. Brasília:

No Brasil, dentre as diversas garantias fundamentais positivadas, notadamente a partir da Constituição de 1988, destaca-se o Acesso à Justiça, instalado no rol dos direitos fundamentais do cidadão para resguardar-lhe inclusive contra os abusos do próprio Estado.

Para Canotilho³⁸⁰, as garantias clássicas são também direitos, “embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos.” Assim, das garantias vertiam-se o Direito de exigir dos poderes públicos a protecção jurídica e o “reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos)”.

Canotilho³⁸¹ ainda destaca que “o acesso à justiça constitui um elemento fundamental do Estado de direito e de uma União de direito”. Elemento previsto já na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³⁸²

Cappelletti e Garth³⁸³ reconhecem ser difícil definir a expressão “Acesso à Justiça”, mas consideram que o termo, em essência, delimita as finalidades básicas do sistema jurídico, sendo este o meio pelo qual o indivíduo pode “reivindicar seus direitos aos auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Por seu turno, Canotilho³⁸⁴ conceitua o termo como “direito à protecção jurídica através dos tribunais” que, por sua vez, “implica a garantia de uma *protecção*

Universidade de Brasília, 2001. p. 98.

³⁸⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 520.

³⁸¹ CANOTILHO, Adriana; SILVEIRA, Alessandra. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 541.

³⁸² Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do Acesso à Justiça. (BARRETO, Irineu Cabral. **A convenção europeia dos direitos do homem anotada**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 187).

³⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8, 12.

³⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 652.

eficaz”. Neste passo, “ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva «resposta» plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo)”. Além do mais, “ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil («adequação temporal», «justiça temporalmente adequada»), obter uma sentença executória com força de caso julgado”.

Bergoglio³⁸⁵ pondera que as diversas facetas da desigualdade na América Latina têm trazido graves problemas ao Acesso à Justiça no continente. Em sua visão, com a transição da democracia os impactos dessas assimetrias sobre a legitimidade política passaram a ser mais evidentes e a questão passou a fazer parte da agenda pública. Considera que, desta maneira, não se pode estranhar que, dentre as metas a se atingir pelas reformas judiciais que se suceream (e se sucedem) na América Latina esteja a ampliação do Acesso à Justiça – juntamente com o fortalecimento da independência judicial e a busca pela eficácia e eficiência na administração da Justiça.

Visto sob esse ângulo, parece correto dizer que o Acesso à Justiça tem um importante papel na Democracia e no desenvolvimento do Estado, basicamente na consagração constitucional dos novos direitos políticos, econômicos e sociais para todos. Nesse norte, Bassil³⁸⁶ apresenta o Acesso à Justiça como uma garantia importante para os cidadãos, não somente porque é um mecanismo de resolução de Conflitos por meio do qual se pode reclamar quando os direitos fundamentais são violados, senão, também porque o Direito é uma importante ferramenta de redistribuição de riquezas na Sociedade.

Para Dallari³⁸⁷, mesmo que tenha se tornado usual, “na linguagem comum

³⁸⁵ BERGOGLIO, María Inés. Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evolución de la mediación en Córdoba, Argentina. In: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2010. p. 50.

³⁸⁶ BASSIL, Sonia Boueir. El acceso a la justicia en Latinoamérica desde las perspectivas. In: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2010. p. 176-178.

³⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

do povo, a referência do Judiciário como sendo ‘a Justiça’, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, [...] fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça”. O autor considera que os julgadores devem tomar decisões que se aproximam da Justiça, ainda que pareçam distantes da estrita legalidade.

No Brasil, a previsão normativa do Acesso à Justiça e à prestação jurisdicional foi consagrada no artigo 5º da Constituição Federal³⁸⁸, ao dispor, no inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e em seu inciso LXXIV que o Estado deve prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ainda para garantir integral Acesso à Justiça a todos os brasileiros, o artigo 134 prevê a Defensoria Pública como “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

A Constituição portuguesa³⁸⁹, em seu artigo 20, também prevê que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.” Nesse aspecto, leciona Canotilho³⁹⁰ que a plena garantia de acesso ao Poder Judiciário “pressupõe também dimensões de natureza prestacional, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciais e processos adequados [...] e assegurar prestações [...] tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos”.

Ainda na esfera do Direito público internacional europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁹¹ prevê, em seu artigo 47, que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido

³⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2014.

³⁸⁹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1974. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2014.

³⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed Coimbra: Almedina, 2003. p. 452.

³⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da. In: **Jornal Oficial das comunidades europeias**, dez. 2000. p. 9. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 17 nov. 2014.

violados tem direito a uma ação perante um tribunal”. E determina, inclusive, a concessão de “assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.”

A busca pela Efetividade do Acesso à Justiça contém a garantia constitucional de acesso à adequada tutela jurisdicional. Mas disto não decorre, como aponta Zanferdini³⁹², “que todas as questões devam ser trazidas à apreciação de um juiz de direito”. Para a autora, a autocomposição “deve ser respeitada, sem que reste prejudicado o monopólio jurisdicional, muito menos afrontado o princípio da inafastabilidade.” Ressalta ainda que uma leitura equivocada do Acesso à Justiça implica qualificar o Judiciário como o escoadouro primeiro de qualquer controvérsia. No mesmo sentido, Campilongo³⁹³ observa que a ampliação dos direitos gera o aumento das demandas e “essa ‘hiperjudicialização’ da vida social cria expectativas opostas ao papel dos tribunais.”

Feitas essas considerações de fundo propedêutico, analisar-se-ão, nos tópicos infra, alguns aspectos do Acesso à Justiça, com ênfase nos estudos de Cappelletti e Garth.

2.2.2 O Acesso à Justiça pelas “ondas” renovatórias de Cappelletti e Garth: a primeira e a segunda onda

Na década de 70 (setenta), Cappelletti e Garth empreenderam um projeto – que mais tarde se tornaria referência no assunto – com o objetivo de estudar o fenômeno do Acesso à Justiça nas Sociedades contemporâneas.

Tomando por base os sistemas jurídicos presentes em diversos Países ocidentais, os estudiosos identificaram três grandes obstáculos a serem transpostos para o alcance efetivo do Acesso à Justiça. Assim, observaram alguns movimentos de aprimoramento do Acesso à Justiça, aos quais nominaram de “ondas renovatórias”.

³⁹² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do Acesso à Justiça. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 30 abr. 2014.

³⁹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88.

Azevedo³⁹⁴ disse que esses movimentos visavam “tornar o Poder Judiciário mais acessível e a participação em processos heterocompositivos estatais mais simplificada”.

Em seus relatos, Cappelletti e Garth identificaram a assistência judiciária como a primeira solução para o acesso; a segunda, o acesso aos direitos difusos; e a terceira, voltada para a melhoria das técnicas de efetivação e prestação jurisdicional.³⁹⁵

No que diz respeito ao primeiro limitador – assistência judiciária para os pobres –, os autores introduzem que “os primeiros esforços para incrementar o Acesso à Justiça nos Países ocidentais concentram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres”³⁹⁶, compreendendo como vitais a disponibilização de métodos que proporcionem a assistência judiciária àqueles que não podem custear uma demanda.

Atestam os mesmos autores que na maior parte dos Países ocidentais o oferecimento de assistência judiciária ocorria de maneira inadequada. De fato, o Direito ao Acesso à Justiça era reconhecido, todavia os Estados não adotavam atitudes positivas em relação a este acesso, porquanto os advogados particulares que prestavam assistência por *munus honorificum* aos menos abastados, sentiam-se desestimulados pela falta de uma contraprestação – o que acabava por beneficiar aqueles que dispunham de boas condições para arcar com advogados experientes e motivados.³⁹⁷

Os desajustes desta proposta de Assistência Judiciária sem retorno pecuniário aos procuradores eram evidentes. Por conta disto, como forma de erradicar o problema, diversos programas para a prestação efetiva de auxílio aos

³⁹⁴ AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

³⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, v.16, n.61, p. 161-177, jan./mar., 2008. Título original: Accesso Allá giustizia come prigramma di riforma e come método di pensiero. Primeira edição em: 1982.

³⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

³⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 32.

hipossuficientes passaram a ser elaborados.

Nessa perspectiva, Cappelletti e Garth noticiaram o nascimento de importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda. Os juristas relatam que a mais expressiva reforma ocorreu na década de 60 (sessenta), quando a questão da Assistência Judiciária passou a ilustrar o topo da agenda das reformas judiciárias. Assim, “a reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* (OEO) e continuou através do mundo no início da década de 70”.³⁹⁸

Sob outro aspecto, mas ainda com o enfoque na primeira *wave*, os mencionados autores advertem que apesar de todas as propostas para a garantia do Acesso à Justiça facilitada pelos mecanismos assistencialistas, “existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária”. Desta forma, professam que, para que o sistema proposto seja eficiente, é necessário que existam advogados em número suficiente e que estejam disponíveis para auxiliar a população carente, patrocinados por uma remuneração compatível com o trabalho desenvolvido; em último lugar, assinalam que “a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais”.³⁹⁹

No ano de 1950, no Brasil, a primeira onda renovatória tomou os seus contornos jurídicos com a promulgação da Lei n. 1.060/50, a qual passava a estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Este movimento prosseguiu com a previsão da assistência judiciária no texto constitucional de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República⁴⁰⁰, dispondo que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E a Defensoria Pública restou consagrada no art. 134 da atual Constituição, que recentemente teve

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 33-35.

³⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 48.

⁴⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2014.

a sua redação alterada com a Emenda Constitucional n. 80/2014.⁴⁰¹

A segunda onda retrata um grande esforço no sentido de melhorar o Acesso à Justiça mediante a representação dos interesses difusos. Os autores já citados justificam que por muito tempo o Processo Judicial foi visto como um assunto entre apenas duas partes; entretanto, algumas controvérsias diziam respeito a direitos que enquadravam um maior número de pessoas e “as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”.⁴⁰²

Assim, os movimentos renovatórios tenderam a seguir os passos daquilo que, conforme Cappelletti e Garth, o Professor Chayes⁴⁰³ denominou de litígios de Direito Público “em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvem grandes grupos de pessoas”⁴⁰⁴. Em primeiro lugar, destacam que os tribunais têm permitido que indivíduos ou um grupo de pessoas atuem como representantes de interesses difusos. Outro ponto destacado pelos juristas no estudo foi a necessidade verificada na proteção dos direitos de um grupamento com a “transformação do papel do juiz e dos conceitos básicos como a *citação* e o *direito de ser ouvido*”.⁴⁰⁵

Absorvendo esta ideia de instituir representantes para os direitos difusos, alguns organismos passaram a desenvolver determinados sistemas como forma de catalisar o Acesso à Justiça. Entretanto, os autores apontam que embora a “ação

⁴⁰¹ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁴⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 50.

⁴⁰³ Abram Chayes (1922-2000) foi Professor Emérito de Direito, lecionou em Harvard por mais de 40 anos. Atuou como assessor jurídico do Departamento de Estado durante a administração Kennedy e exerceu profunda influência sobre muitas questões de políticas públicas significativas no auge da Guerra Fria. (Informações vertidas do endereço eletrônico de *Harvard Law School*. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/ils/fellowships/professor-abram-chayes.html>. Acesso em: 21 nov. 2014).

⁴⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 50.

⁴⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 50.

governamental” seja ainda o principal método para representar os interesses difusos “especialmente por causa da relutância tradicional em dar-se legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses” as ações do governo não têm tido êxito, porquanto constataram que “tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo”. Afirmam que “o Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas [...] estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos”, frequentemente são sujeitos a pressão política.⁴⁰⁶

Neste contexto, os autores retrocitados assinalam que “a procura por um mecanismo governamental efetivo ainda continua, e novas instituições foram criadas com a perspectiva de remediar muitos dos males do passado”.⁴⁰⁷

A Técnica do Procurador-Geral Privado é apontada por Cappelletti e Garth como outro método de representação dos interesses difusos. Este meio se propõe a permitir que um procurador-geral privado suplemente a ação do governo; “uma típica reforma moderna nesse sentido é a admissão de ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação de governo. Grupos podem financiar essas ações individuais, como casos-teste”.⁴⁰⁸

Há também, neste passo, a “técnica do advogado particular de interesse público” que para os autores seria a mais requintada das reformas, por permitir a propositura de ações coletivas no interesse público.⁴⁰⁹

Schuch⁴¹⁰, ao simplificar este segundo movimento, dispõe que tais

⁴⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 52.

⁴⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 53.

⁴⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 55.

⁴⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 56.

⁴¹⁰ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à Justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário: a quarta onda?** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 86.

interesse consagram, sempre que possível, uma eficiente ação dos grupos particulados – mas que nem sempre estão disponíveis. A conjugação de alguns recursos como “as ações coletivas, as Sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos”.

No Brasil, a segunda onda foi sentida com o desenvolvimento de instrumentos como a ação popular (Lei n. 4.717/1965), a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), o mandado de segurança coletivo (Lei n. 12.016/2009), e as ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

2.2.3 A terceira “onda” renovatória de Cappelletti e Garth

A terceira onda, denominada pelos autores como “o enfoque do acesso à Justiça”, pode ser entendida como a de maior complexidade e abrangência no sentido de promover o Acesso à Justiça, pois “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.⁴¹¹

Esta proposta renovatória “procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal”, que trouxeram maior “equilíbrio formal de poder entre indivíduos”.⁴¹² Mas a mera representação judicial mostrou-se insuficiente, pois os novos direitos necessitam de novos mecanismos procedimentais que possibilitem sua execução.

Nesse norte, a terceira onda volta-se à temática que se tem tratado no presente trabalho, pois incentiva uma variedade de reformas como “alteração nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais [...] modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígio ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”.⁴¹³

⁴¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 67-68.

⁴¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 68

⁴¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

Como antes sustentado, há diversas características que distinguem um litígio de outro. Consoante o caso, barreiras díspares ao acesso ficam mais evidentes e as soluções podem partir de diferentes mecanismos. “Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude”. As demandas diferem não só em relação às provas, mas aos custos, à relevância social e disponibilidade das partes para negociar. “Algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.”⁴¹⁴

Diante disso, vê-se que o último enfoque dado ao Acesso à Justiça pelos autores supracitados ultrapassa as barreiras do processualismo tradicional, propondo mudanças bastante inovadoras e compreensíveis na Sociedade moderna, porquanto se dispõem a correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Assim sendo, “muitos e importantes remédios” tendem a solucionar um ou outro Conflito, sendo necessário “verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los”.⁴¹⁵

Este momento teve bastante influência no ordenamento jurídico brasileiro e, conforme Nogueira⁴¹⁶, foi um período em que foram desencadeadas inúmeras reformas no Direito processual, dentre elas: criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas; criação de meios alternativos para resolução dos Conflitos; reformas no sentido de tornar o processo mais célere e eficiente.

Cappelletti e Garth⁴¹⁷ asseveram que “o enfoque do Acesso à Justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que

Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 71.

⁴¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 71-72.

⁴¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 73.

⁴¹⁶ NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. O movimento mundial pela coletivização do processo e seu ingresso e desenvolvimento no direito brasileiro. **De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 12, p. 325-348, jan./jun. 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/147/Movimento%20mundial_Nogueira.pdf?sequence=1. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁴¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 75.

o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial”. Modificar este aparelho, no entanto, implicaria em “outras reformas, potenciais ou existentes”. Como exemplo os juristas citam “uma mudança na legislação que dê aos inquilinos maiores direitos”, medida que num primeiro momento pode ter “efeitos muito tímidos; mas uma alteração subsequente no método de outorga da prestação jurisdicional” poderia alertá-los para novos pleitos e “acrescer o volume de causas perante tribunais desacostumados aos litígios contenciosos entre locadores e locatários”. Diante deste quadro, “a criação de um tribunal de locações poderia aliviar os tribunais regulares e, caso destinada a obviar a necessidade de advogados, poderia reduzir a necessidade de serviços jurídicos”.

As reformas, nesses aspectos, foram bastante significativas na segunda metade do século XX. A França, por exemplo, no ímpeto que Cappelletti e Garth⁴¹⁸ chamaram de “esforço dramático para tornar o acesso aos tribunais menos oneroso”, teve uma importante decisão do Ministro da Justiça, em 1977, para que a partir do ano seguinte “todas as custas judiciais” fossem eliminadas. Tal iniciativa perdura até os dias atuais, na Vigência da Lei n. 77-1468, de 30 de dezembro daquele ano, que “instituiu um princípio de gratuidade dos actos judiciais perante os tribunais civis e administrativos”.⁴¹⁹

O Judiciário francês tem algumas peculiaridades que ainda despertam interesses de outros Países. Exemplo recente é o “termo de cooperação com a Inspeção Geral de Serviços Judiciários da França para troca de informações e de experiências que resultem em aperfeiçoamento técnico mútuo”⁴²⁰ assinado pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da corregedora nacional de Justiça, Nancy Andrichi, e pelo inspetor geral francês, François Feltz, em 10 de dezembro de 2014.

Conforme noticiou o *site* do Conselho Nacional de Justiça “o acordo prevê intercâmbio de documentos e de relatórios, troca de experiências envolvendo coleta,

⁴¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 78.

⁴¹⁹ EUROPEIA, União. **Custas judiciais – França**. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-fr-pt.do?member=1. Acesso em: 11 dez. 2014.

⁴²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ assina acordo de cooperação com Judiciário francês**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30346-cnj-assina-acordo-de-cooperacao-com-judiciario-frances>. Acesso em: 11 dez. 2014.

sistematização e divulgação de dados sobre tribunais e atualização sobre métodos de correição.” Para Andrighi, esta troca será muito proveitosa, favorecendo ambos os signatários, acrescentando que “lá eles têm 50 anos a mais de experiência”. Já para o inspetor francês, o acordo “será produtivo porque os Países têm desafios semelhantes a enfrentar. Dividimos os mesmos problemas, as mesmas dificuldades e os mesmos sucessos. Aí está a riqueza do intercâmbio, do convívio que vamos firmar”.

Estes fatos parecem demonstrar as repercussões das reformas retro mencionadas que foram suscitadas por Cappelletti e Garth⁴²¹ no final do século passado. Entre essas reformas, convém citar o processo civil germânico, que instituiu, também no ano de 1977, método de procedimento que “envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem” e comumente “aceitam sem recorrer”.

Com essa visão reformista, os juristas⁴²² teceram teorias tendentes a “aceitar as limitações” dos tribunais regulares e, por conseguinte, criar “alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais”. Destacaram “o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais”, considerando que estas técnicas poderiam ser “obrigatórias para todas as demandas” ou tornarem-se “disponíveis como opção para as partes”. Observam, nesse sentido, a importância de se dar prioridade às pequenas causas “ou as de interesse dos consumidores”.

Este ensejo para a criação de procedimentos especiais e mais céleres para as pequenas causas e reformas de tribunais, no Brasil, deu origem aos Juizados Especiais, já mencionados em tópicos supra. Seriam eles “os órgãos informais, acessíveis e de baixo custo que oferecem a melhor fórmula para atrair indivíduos cujos direitos tenham sido feridos”, que preconizaram os já referidos

⁴²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 78-79.

⁴²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 81.

autores⁴²³. A mesma filosofia inspiradora, baseada nos princípios da oralidade, informalidade e celeridade também está na gênese dos meios alternativos, cada vez mais difundidos pelo Conselho Nacional de Justiça em todo o território nacional, como se observa na totalidade deste estudo.

Esse conjunto de iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e mesmo a nova versão do Código de Processo Civil, embora sinalizem no sentido da paulatina inserção dos Meios Alternativos de solução de Conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, merecem maior espaço e ênfase para sua consolidação, propiciando um arcabouço normativo que abra espaço, a par de outras providências, para a criação de uma cultura não adversarial de resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira.

No entanto, apesar destas iniciativas, parece ainda existir muitas dificuldades que impedem ou dificultam a concretização do efetivo Acesso à Justiça a todos os cidadãos, como se verá a seguir.

2.2.4 Os obstáculos à Efetividade do Acesso à Justiça no Brasil

Cappelletti e Garth⁴²⁴ ainda apontam que “as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda”, a capacidade de postular em juízo está relacionada a “recursos financeiros, diferenças de educação, meio e *status* social” que determinam a acessibilidade da Justiça. A maior parte das “pessoas comuns” não podem ou não conseguem transpor estes obstáculos. Supõe-se que estas barreiras “têm importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas”.

Para Grinover⁴²⁵, “a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.”

⁴²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 113.

⁴²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 22-24.

⁴²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n.34, p. 11-25, dez. 1990. p. 12-13.

Lazzari⁴²⁶ considera que os grandes entraves ao pleno Acesso à Justiça no Brasil passam, principalmente, pelos planos econômico, cultural e social. Também aponta outros obstáculos relacionados à morosidade, à inadequação de leis e institutos jurídicos; à carência de recursos humanos (juízes e servidores); ao constante crescimento do número de demandas; à imagem negativa do Poder Judiciário; à deficiência de infraestrutura e à inadequação de rotinas e procedimentos.

Em seus estudos, Commaille⁴²⁷ revela que a própria arquitetura dos Fóruns, que sugere uma visão majestosa do Poder Judiciário, impôs, ao longo dos tempos, certo grau de distanciamento entre o Judiciário e a Sociedade. O autor indica que se deve projetar “o que poderiam ser formas alternativas de justiça, em contraponto com o modelo dominante numa arquitetura judiciária que obedece menos à lógica de uma monumentalidade [...] e mais a uma aproximação”, que possa “instituir o espaço da justiça como ‘espaço público’ aberto à ‘discussão’”.

Nesse sentido, Manzi⁴²⁸ aponta que “a arrogância judicial é sentida pelas partes, nos gestos do juiz, em sua postura, ainda que, em razão do rito ou da forma, mantenha certa cortesia; entretanto, a partir da apreensão desse sentimento [...] criar-se-á um clima desfavorável ao diálogo”. Por isto, é bom que, “em um primeiro momento, o juiz deve buscar uma consciência individual de suas funções e de suas posições, para que esta consciência se reflita no seu agir”.

Em se tratando da resolução formal de litígios, lecionam Cappelletti e Garth⁴²⁹ que “é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”. Os óbices de cunho financeiro, bastante divulgados pela mídia e já conhecidos da população, parecem ser “mais pronunciados para as pequenas causas e para os

⁴²⁶ LAZZARI, João Batista. **Princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo**: uma análise da efetivação dessas garantias no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 22 jan. 2014.

⁴²⁷ COMMAILLE, Jacques. O espaço da justiça como questão política entre necessidades e desafios – uma abordagem da sociologia política do direito. In: BRANCO, Patrícia (Org.). **Sociologia do(s) espaço(s) da justiça**: diálogos interdisciplinares. Coimbra: Almedina, 2013. p. 22.

⁴²⁸ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131.

⁴²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15.

autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais⁴³⁰, que dispõem de fortes aparatos judiciais para obter seus próprios interesses, aparentando ser este o mais significativo dos óbices à Efetividade do Acesso à Justiça, como se explanará.

Nesse pensar, afirma Moreira⁴³¹ que o alcance de “um maior grau de equivalência de condições entre demandantes”, abarcada no ânimo estatal de estender a todos a garantia efetiva de acesso às instâncias judiciais, “não parece refugir, como ponto central, da otimização do binômio custo/tempo das demandas, importante medida do grau de eficiência dos diversos sistemas de prestação de justiça”.

O alto custo para as partes, na visão de Cappelletti e Garth⁴³², “é particularmente óbvio sob o ‘sistema americano’, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado.” Por outro lado, “a penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes.” Há ainda Países como a Grã-Bretanha em que “o demandante muitas vezes não pode sequer estimar o tamanho do risco – quanto que custará perder – uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito.” De todo modo, “torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devem suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça.”

Prosseguem os autores afirmando que a “mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. [...] os advogados e seus serviços são muito caros.” Por conseguinte, as causas de menor valor “são mais prejudicadas pela barreira dos custos”, uma vez que o montante correspondente a todas as despesas com o processo pode suplantar o conteúdo do pedido. Soma-se a isso o fato de que as partes precisam esperar anos para obter uma solução judicial e, muitas vezes, o resultado desta delonga pode ser

⁴³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 28.

⁴³¹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 48.

⁴³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16-17.

devastador se considerados os índices de inflação; em alguns casos, o aumento dos custos para as partes chega a pressionar os economicamente mais fracos, levando a um quadro de abandono da causa ou mesmo de aceitação de acordos insipientes.⁴³³

Neste ponto, importante mencionar que o Ministério Público, consoante Zenkner⁴³⁴, “como função essencial à justiça” dispõe de “um hábil instrumento de tutela” regulamentado “pelas Leis 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).”

Por sua legitimidade para ajuizar ações coletivas na defesa dos direitos difusos, entre eles o direito do consumidor, o órgão ministerial defende os interesses que versam sobre temas concernentes à saúde, segurança, qualidade de produtos ou serviços prestados, publicidade enganosa e cláusulas abusivas. A este respeito, Grinover⁴³⁵ pondera que “o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização” e por este motivo as ações coletivas deveriam ter maior aplicação, pois além do baixo custo financeiro, resultam numa sentença com efeito *ultra partes*.

No vértice oposto estão as “pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros a serem utilizados” e que, por isto, dispõem de “vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio.”⁴³⁶ Estas prerrogativas são poderosas armas que podem ameaçar o equilíbrio e, portanto, a própria Efetividade do processo, pela maior capacidade para produção de provas e argumentação de uma das partes em detrimento da outra.

Nesse aspecto, a disparidade de condições entre as partes, à medida que

⁴³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20-21.

⁴³⁴ ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 144.

⁴³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Vol. I. Direito Material. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62.

⁴³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 23.

favorece o economicamente mais avantajado, com melhores possibilidades de “sustentar sua posição na demanda”, deixa a favor deste a “equação custo/tempo da ação judicial”.⁴³⁷ Tal situação parece levar os indivíduos de classes mais baixas a hesitarem em recorrer aos tribunais, mesmo nas situações que reconhecem como um problema legal.

Arrematando a relação do tempo com o processo na garantia do Direito fundamental que Canotilho⁴³⁸ nomeia como “direito de acesso aos tribunais”, não se pode olvidar a lição do catedrático ao dizer que este Direito implica uma decisão em “tempo adequado” e isto não significa “acelerado”, pois “a «aceleração» da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”.

Diante desse cenário, parece crível supor que o tempo do processo deve ter um equilíbrio que não beire a morosidade, com consequências desastrosas, ou uma aceleração desmedida que venha ferir as garantias essenciais, de modo que desequilibre a relação e se torne mais um óbice à Efetividade do acesso ao Judiciário pelo cidadão comum.

As outras barreiras são, fundamentalmente, de cunho estrutural e cultural, a exemplo da falta de informação que leva as pessoas a não reconhecerem “a existência de um direito juridicamente exigível” e o pleito pelos direitos difusos e coletivos. Nestes últimos, “as várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum”. Ou seja, “embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.”⁴³⁹

⁴³⁷ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 49.

⁴³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 652.

⁴³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 27.

Nesse prisma, retoma-se a perspectiva de que “muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro.”⁴⁴⁰

Como afirma Canotilho⁴⁴¹, “o direito de acesso aos tribunais implica a criação e organização de tribunais, bem como a definição de vias processuais adequadas”.

Para Nery e Nery Junior⁴⁴², diante da inviabilidade de tratar adequadamente todas as demandas resultantes do amplo Acesso à Justiça e que visam nessa Justiça a efetiva “consecução dos propósitos prometidos”, é tangível “um descompasso e um desajuste que acabam por ocasionar uma perda de poder do Estado e conseqüente desprestígio e deslegitimação do próprio Poder Judiciário, como Poder Público Estatal.”

Quadro que sugere evidenciar uma “desacomodação interna”, concomitante a crescentes “reivindicações de acesso à Justiça, quantitativa e qualitativamente”, o que se contrapõe aos instrumentos jurisdicionais de que se dispõe no Brasil, notoriamente ineficazes e insuficientes “para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas.”⁴⁴³

A universalização da Jurisdição e Acesso à Justiça foram conquistas do último século, como se viu alhures. Sobrepujada a fase em que eram necessários esforços para que todos tivessem acesso ao Judiciário, o atual cenário brasileiro e mundial parece ser de prioridade às soluções efetivas dos litígios⁴⁴⁴, pois, como ressalta Canotilho⁴⁴⁵, “o acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”.

⁴⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 29.

⁴⁴¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 581.

⁴⁴² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 106.

⁴⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 106.

⁴⁴⁴ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar Conflitos: uma necessária releitura do acesso à Justiça**. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁴⁴⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 654.

O campo dos direitos sociais, onde se encontra o Acesso à Justiça, segundo Bobbio⁴⁴⁶, “está em contínuo movimento, [...] é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever.” Assim, “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político”; desta forma, não se trata de “saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento [...] mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.⁴⁴⁷

Andrighi⁴⁴⁸ destacou que “o princípio constitucional de amplo acesso à Justiça tem sido obstaculizado pela morosidade da entrega da prestação jurisdicional, acarretada pela avalanche de causas que sufocam o Poder Judiciário”; causas tais que, em grande parte, “poderiam encontrar solução em meios alternativos de composição de conflitos, diminuindo, dessarte, o fluxo de demandas, culminando em celeridade e efetividade da atividade jurisdicional”.

Diante do atual quadro de “limitações do acesso à justiça no Brasil, onde avulta a morosidade judicial, parece necessário buscar-se mecanismos que tornem o Judiciário mais eficiente e célere, encontrando-se os métodos alternativos de solução de conflitos”⁴⁴⁹. A seguir, passa-se à análise, de forma breve, porém necessária para os fins a que se propõe o presente estudo, da atual crise do Judiciário, que tem como principais consequências a morosidade processual e a decorrente ineficiência na prestação jurisdicional estatal brasileira.

2.3 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

2.3.1 Considerações iniciais

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

⁴⁴⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996, p. 01. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/609>. Acesso em: 3 jan. 2012.

⁴⁴⁹ PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs *et al.* Conciliação trabalhista: o ato judicial a resgatar. *In*: PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs; GUNTHER. Luiz Eduardo (Coord.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 361.

Prefacialmente à abordagem da já tão conhecida crise do serviço judiciário brasileiro, são oportunas as palavras de Maffesoli⁴⁵⁰, que se utilizou do bom senso empírico para dizer que “uma instância tornada onipotente tende a deslizar rapidamente para a incompetência [...]. De tanto querer tomar conta de tudo, inclusive do detalhe, a instância paralisa-se [...] a concentração dos poderes numa estrutura única [...] resulta no contrário: a impotência”.

A atual conjuntura do Estado brasileiro caracteriza-se por uma crise político-econômica que influencia negativamente o funcionamento do Poder Judiciário, especialmente, como assinala Moreira⁴⁵¹, por potencializar “as demandas populares acerca de direitos sociais não efetivados na ordem concreta por força de medidas de corte orçamentário dos poderes públicos”. Este mau gerenciamento estatal dos recursos, em uma interação sistemática, contribui para a crise em todos os setores do Estado.

Como disse Atienza⁴⁵², o mundo em que vivemos é profundamente injusto e “más injusto contemplado desde Latinoamérica que, como muchos estudios muestran, es la región del mundo en la que existen mayores desigualdades económicas y sociales.”

Tasse⁴⁵³ compara este cenário “ao inferno de Dante” e pontua que o cerne do problema judiciário brasileiro, em verdade, é “a superação de seu modelo, como parte integrante de uma estrutura de Estado que não atende aos interesses coletivos.”

Nesse sentido, a acepção de Przeworski⁴⁵⁴ de que “o crescimento das desigualdades sociais estimula os conflitos por lançar suspeitas de que o apoio a

⁴⁵⁰ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do Político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 59.

⁴⁵¹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79.

⁴⁵² “mais injusto contemplado desde Latinoamérica que, como muitos estudios mostram. é a região do mundo em que existem maiores desigualdades econômicas e sociais.” (tradução livre do autor da presente Tese). ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el Derecho. Espanha: Pasos Perdidos, 2013. p. 80.

⁴⁵³ TASSE, Adel El. **A “crise” no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 47.

⁴⁵⁴ PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e mercado**: no Leste Europeu e na América Latina. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 252.

alguns grupos às reformas não passa de defesa em causa própria”. Portanto, desde que se reconheça o Direito de Acesso à Justiça para o resguardo dos direitos fundamentais e não se proporcione de forma efetiva tais direitos, o aumento da litigiosidade será certo.

Para Pinheiro⁴⁵⁵, “o judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios, o mais visível dos quais é a sua falta de agilidade”. Com igual teor, Sousa⁴⁵⁶ repisa que “as reclamações contra a Justiça, de um modo geral, são todas conhecidas e se voltam sempre para os mesmo problemas: morosidade, alto custo, retardamento dos feitos, burocracia, etc.”

Watanabe⁴⁵⁷, em artigo contemporâneo à Constituição Federal de 1988, já previa que o grave problema da garantia dos novos direitos firmados é que muitos deles não são – ou não serão – honrados, de todo ou parcialmente, gerando *Conflitos de interesses*, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário. No mesmo sentido, Sinhoretto⁴⁵⁸ pontua que “o Judiciário passou a ser um ator relevante no processo de efetivação dos direitos sociais”.

Não apenas nos Conflitos judicializados, mas, como pontua Freitas⁴⁵⁹, “todos os brasileiros, do nascimento à morte, passam por atos vinculados ao Poder Judiciário”, ainda que “seja na prática de atos da vida civil, como o simples registro de nascimento”.

Na contramão do aumento da demanda pela prestação jurisdicional, a estrutura do Judiciário brasileiro permaneceu inerte, ou não alcançou avanços proporcionais à demanda, e fatores como o aumento do número de servidores ou o incremento na estrutura física para comportar este novo sistema deixaram de ser

⁴⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 246.

⁴⁵⁶ SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Administração da justiça e qualidade para o Judiciário. **Revista de Doutrina de Jurisprudência**, n. 1, 2^o sem., Brasília, 1996. p. 34.

⁴⁵⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 130.

⁴⁵⁸ SINHORETTO, Jacqueline. **A justiça perto do povo**: reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011. p. 101.

⁴⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. Responsabilidade social do juiz e do judiciário. *In*: **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 51, out./dez. 2010. p. 7.

observados.

Segundo dados do INAJ⁴⁶⁰, no Brasil, em dezembro de 2014, a média nacional era de 1 juiz para cada 11.160 habitantes. Este quadro gera, para o Judiciário, a impossibilidade de cumprir suas obrigações e atender de forma satisfatória aos anseios da Sociedade contemporânea. Situação que parece acarretar como consequência natural o descrédito da população com relação à sua segurança jurídica.

Em estudo sobre o tema, Delgado⁴⁶¹ anuncia que a “sensação dos juízes é de que trabalham para ‘enxugar gelo’”; isto porque, diariamente, as varas judiciais recebem milhares de processos conclusos e “apesar de todo esforço para atender as demandas da forma mais célere possível, os magistrados esbarram na falta de estrutura nos estados”. No Brasil, é comum verificar juízes atuando “sem segurança, sem material, com quadro de pessoal insuficiente, em salas apertadas e fóruns e comarcas caindo aos pedaços. Por isso, se sentem impotentes por não conseguir dar a resposta rápida que a sociedade espera”.

E este quadro, por vezes, tem deflagrado na massificação das Sentenças. Como se pronunciou a Desembargadora Zélia Maria Antunes Alves⁴⁶², do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na atualidade, a carga de processos distribuídos aos magistrados atrelada a uma elevada e contínua exigência de produtividade pelo órgão de controle do Judiciário faz que a análise criteriosa de cada caso passe a ter um papel secundário “o importante é produzir a qualquer custo e de qualquer forma” isto porque, hoje, “o que importa não é mais a qualidade das decisões judiciais, não é mais ‘dar a cada um o que é seu’, e, sim, a quantidade, mesmo que isso signifique a preponderância da injustiça e das decisões teratológicas e absurdas”. Em seu discurso, prossegue afirmando que o magistrado é obrigado “a se despir de sua toga, travestindo-se em operário de linha de produção em massa, que se limita a aplicação de súmulas, de precedentes, de decisões padrão”, para “atingir a

⁴⁶⁰ Índice Nacional de Acesso à Justiça. Disponível em: http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf. Acesso em: 26 jun. 2015.

⁴⁶¹ DELGADO, Márcia. Montanha de Problemas. **AMB Informa**. n. 161, set. 2014. p. 3.

⁴⁶² FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/>. Acesso em: 10 fev. 2015.

produtividade estabelecida por critérios duvidosos, sem nenhum vínculo com a verdadeira Justiça, sob pena de ser execrado pelos seus pares”.

Com este mesmo enfoque, já disse Eros Grau⁴⁶³ que “os juízes pretendem ser técnicos; e o são, em regra, a serviço nem ao menos da *Justiça*, mas de quem lhes dá emprego, o Estado”.

Calmon⁴⁶⁴, por sua vez, pontua que a crise da Justiça “é um fenômeno que cresce dia após dia” porque não há uma ampliação da estrutura judiciária (juízes, servidores, prédios e equipamentos) que acompanhe o aumento dos casos, o que impossibilita “a qualidade da condução dos processos e das decisões”. Situação que gera outro problema: “a falta de unicidade das decisões [...] a ponto de ser pejorativamente denominada de ‘loteria judiciária’. A depender de qual juiz ou tribunal julgará o caso, a solução será diferente, proporcionando mais instabilidade à Sociedade.” A solução “é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha a servir de panacéia para males tão fortemente enraizados.”

Mateo⁴⁶⁵ pondera que um processo longo e custoso pode resultar em uma Sentença favorável, porém, sua execução demora por falta de vontade da administração em seu cumprimento ou simplesmente porque não dispõe dos meios ou oportunidades necessárias.

Restam evidentes, segundo Moreira⁴⁶⁶, “sinais que apontam para a identificação de uma ineficiência funcional já cronificada – dimensionados em face da evidente superação de um modelo formalista de composição de conflitos”. Modelo que, para ela, é flagrantemente inadequado “frente aos novos desafios institucionais impostos pela ordem social contemporânea. [...] É fato que não se

⁴⁶³ GRAU, Eros. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *In: Justiça e democracia*, Revista semestral de informação e debates, n.1, São Paulo, 1996. p. 109.

⁴⁶⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 42.

⁴⁶⁵ MATEO, Ramón Martín. **Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa**. Alicante: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989. p. 97.

⁴⁶⁶ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79-80.

encontra sozinho o Judiciário em seu quadro de decantada crise”, pois esta atinge todas as tarefas públicas estatais.

No Encontro Nacional do Poder Judiciário ocorrido no ano de 2014, na busca de medidas que amenizem o atual quadro de crise, os participantes do evento propuseram 7 metas para o ano de 2015: julgar mais processos do que os distribuídos; julgar processos antigos; aumentar os casos solucionados por Conciliação; priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa; impulsionar processos de execução; priorizar o julgamento das ações coletivas; e priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos.⁴⁶⁷

Neste contexto, suscita-se a hipótese de que os meios alternativos também contribuem para uma maior eficácia da prestação jurisdicional e adquirem relevância “como antídoto de uma justiça ‘lenta, cara, complicada, burocratizada e inacessível’ [...], alternativas estas que têm sido buscadas sobretudo na reestruturação dos processos, através da simplificação dos procedimentos.”⁴⁶⁸

A seguir, analisa-se esse contexto de crise do Judiciário, caracterizada notadamente pela morosidade crônica, que tem como principais consequências a ineficiência na prestação jurisdicional e o descrédito desse poder como pacificador social.

2.3.2 A morosidade processual

Já dizia Rui Barbosa⁴⁶⁹: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. E a razoável duração do Processo, conforme Ferraz⁴⁷⁰, “é concebida como corolário do acesso à justiça qualificado, elemento do processo efetivo e, ainda, desdobramento do devido processo legal.”

⁴⁶⁷ SALIMEN, Luciana. Menos metas e mais racionalidade. **AMB Informa**. n. 162, nov. 2014. p. 8.

⁴⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84. p. 175-199, out./dez. 1996.

⁴⁶⁹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 40.

⁴⁷⁰ FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 178.

Das multifacetadas causas da crise do Judiciário brasileiro, a de maior repercussão social parece ser a morosidade processual. E esta, por sua vez, tem como uma das causas os grandes números que quantificam o abarrotamento de litígios no Judiciário e retardam a materialização das soluções, que deveriam, ao tempo da razoável duração do processo, conceder uma efetiva prestação jurisdicional à população a quem o Estado brasileiro deve servir.

O incômodo gerado pela morosidade na resolução das contendas não é fato novo e remonta a épocas longínquas. A história conta que, na Idade Média, nos tempos de Carlos Magno, já existia um decreto que determinava que o contendor permanecesse na casa do juiz tardineiro, às expensas deste, até que fosse solucionada a controvérsia.⁴⁷¹ Silva⁴⁷² também aponta que “a morosidade da justiça tem sido um fenômeno constante na história da civilização ocidental, ao que se sabe desde os albores do direito romano histórico, às vezes suportável, outras vezes tornada dramaticamente intolerável”.

É sabido que a garantia à razoável duração do processo integra o rol dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem – aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) em 10.12.1948 – já consignou que “[...] todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.⁴⁷³

O Direito ao processo em tempo razoável também está positivado e expresso na Constituição Brasileira⁴⁷⁴, em seu artigo 5º, desde a Emenda Constitucional 45/2004. Na esfera internacional, especificamente no continente europeu, tem-se a positivação deste Direito na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁷⁵, em seu artigo 47, bem como no artigo 6º da Convenção Europeia

⁴⁷¹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da Justiça**. Campinas: Copola, 1999. p. 56.

⁴⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 100.

⁴⁷³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/>. Acesso em: 22 jan. 2015.

⁴⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2014.

⁴⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da. In: **Jornal Oficial das comunidades**

dos Direitos do Homem.

Em Portugal, a Constituição do País prevê o Direito de Acesso à Justiça como uma garantia fundamental, decorrente dos artigos 5º e 6º da Convenção Europeia, prevendo também que este ocorra em tempo razoável.⁴⁷⁶ Cebola⁴⁷⁷ afirma que em Portugal, há tempos se iniciou a construção de um modelo de Justiça que se propõe a ajustar “o modo de resolução dos conflitos aos seus exactos contornos de forma a que, assegurando-se o acesso ao direito e aos tribunais, se garanta igualmente a todos que as causas em que intervenham sejam objecto de decisão em prazo razoável” e também “que os procedimentos judiciais sejam ‘caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações [dos] direitos’”, como determinam os itens 4 e 5 do artigo n. 20 da Constituição da República Portuguesa.

Incitada por esta visão, Cebola⁴⁷⁸ complementa dizendo que a Justiça portuguesa, atenta ao fato de que os contornos jurídicos e sociológicos dos Conflitos são diferenciados, busca ajustar suas respostas dentro deste contexto, reservando “a formalidade e os meios da via judicial para as causas em que a auto-composição dos litígios não se afigure viável ou desejada pelos litigantes”. No mesmo norte, Matos⁴⁷⁹ afirma que a busca por maior celeridade “convoca a necessidade imperiosa de uma elevada taxa de conciliações judiciais, sendo hoje, na generalidade dos códigos europeus, a missão conciliatória do juiz erigida como um princípio director do processo”.

Nesse sentido, a criação dos julgados de paz⁴⁸⁰, com “competência exclusiva para ações declarativas e para questões cujo valor não exceda 15.000,00

européias, dez. 2000. p. 9. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 17 nov. 2014.

⁴⁷⁶ FONSECA, Isabel. Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável. In: DE OLIVEIRA, António Cândido (Coord). **Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 353.

⁴⁷⁷ CEBOLA, Cátia Marques. **Resolução extrajudicial de conflitos**: colectânea de legislação. Lisboa: Almedina, 2011. p. 5.

⁴⁷⁸ CEBOLA, Cátia Marques. **Resolução extrajudicial de conflitos**: colectânea de legislação. Lisboa: Almedina, 2011. p. 5.

⁴⁷⁹ MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 133.

⁴⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 86.

Euros”.

O Julgado de Paz “trata-se de uma jurisdição própria, isto é, de um conjunto de instituições judiciárias, mas não judiciais, o que tem profundas consequências, que também resultam claramente do ordenamento judiciário português: Lei n.º 62/2013”⁴⁸¹. A Constituição portuguesa reconhece este instituto no seu art. 209º, 2º⁴⁸².

Portugal conta com 25 Julgados de Paz, conforme último relatório publicado⁴⁸³, “embora haja outros criados, mas nunca instalados”. No ano de 2014 foram distribuídos 10.493 processos; findos 9.752; ficando pendentes 4.561. O tempo médio de resolução é de 80 dias, e este prazo é considerado moroso pelo judiciário português, pois “o Conselho dos Julgados de Paz teve de intervir em várias situações, para que fossem dadas as respostas de que cidadãos utentes carecem.”⁴⁸⁴

No Brasil, a solução para a tutela de direitos em causas de menor complexidade e de pequeno valor econômico tem sido dada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça comum e da Justiça federal, Leis n. 9.099/95 e 10.259/01, respectivamente, e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, Lei n. 12.153/09.

Araújo⁴⁸⁵ já apontou que uma parcela da população brasileira definiu que o Poder Judiciário seria o pior poder do País, pois “além de lento, é anacrônico, mal aparelhado e injusto”, sendo que a maioria considera que a lentidão na tramitação dos processos seria o pecado inescusável da instituição.

⁴⁸¹ PORTUGAL. **Conselho dos julgados de paz**: relatório 2014. p.IV. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2014.pdf>. Acesso em: 22 set. 2015.

⁴⁸² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1974. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 set. 2015.

⁴⁸³ PORTUGAL. **Conselho dos julgados de paz**: relatório 2014. p.III-VI. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2014.pdf>. Acesso em 22 set. 2015.

⁴⁸⁴ PORTUGAL. **Conselho dos julgados de paz**: relatório 2014. p.IX. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2014.pdf>. Acesso em 22 set. 2015.

⁴⁸⁵ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da Justiça**. Campinas: Copola, 1999. p. 55.

Um dos óbices à celeridade na tramitação dos processos é o uso abusivo de peças protelatórias. Nesse sentido, o procurador da República Vladimir Aras⁴⁸⁶ afirmou em entrevista recente que “cada processo vira uma centopeia de recursos protelatórios, para evitar condenações definitivas”.

No VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, ocorrido em Florianópolis, em novembro de 2014, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), João Ricardo Costa⁴⁸⁷, fez um pronunciamento a este respeito, no qual reforçou “a importância de uma estratégia que elimine o uso predatório da Justiça por parte dos grandes litigantes e alertou sobre outro entrave à celeridade do sistema: o excesso de recursos”. No mesmo evento, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, também disse que “devemos impedir que os grandes litigantes prossigam abarrotando nossa Justiça e tomar decisões que impeçam que as ações se repitam indefinidamente”.

A partir desses dados, pode-se sugerir que nem mesmo as mudanças legislativas recentemente implantadas no Novo Código de Processo Civil alcançarão sucesso no sentido de eliminar essa utilização exagerada da combatida estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Por outro lado, segundo dados colhidos pelo IPEA⁴⁸⁸ na pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2011, os próprios entes públicos utilizam de forma predatória o sistema judiciário, propondo e, principalmente, resistindo a demandas que poderiam ser resolvidas no âmbito administrativo, se melhor organizado estivesse, ou não mereceriam resistência em defesas ou recursos que só visam retardar o momento de cumprimento da obrigação. Nesse sentido, sustenta-se a hipótese que a sobrecarga experimentada pelo Judiciário brasileiro se deve, em grande parte, ao próprio Estado, que não legisla ou administra seguindo princípios de eficiência.

Conforme estatísticas do programa Justiça em números⁴⁸⁹, do Conselho

⁴⁸⁶ ARAS, Vladimir. **Conflagrado nos tribunais, Brasil tem um processo em andamento para cada dois habitantes**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/conflagrado-nos-tribunais-brasil-tem-um-processo-em-andamento-para-cada-dois-habitantes-16822691>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁴⁸⁷ SALIMEN, Luciana. Menos metas e mais racionalidade. **AMB Informa**. n. 162, nov. 2014. p. 8.

⁴⁸⁸ Vide título 3.2.1.

⁴⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça em números**: relatório de 2015, ano-base: 2014. p. 34. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.

Nacional de Justiça, atualizados anualmente, o ano de 2014 iniciou com 70,8 milhões de processos pendentes e foram protocolados mais 28,78 milhões de casos novos (compreendidas todas as esferas). A taxa média de congestionamento foi de 71,4%, ou seja, de cada 100 processos que tramitaram no ano, aproximadamente 30 foram baixados. Neste cenário, “desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes.”⁴⁹⁰

Estes dados sugerem que a morosidade é um problema crônico que adoece o sistema judiciário e, por conseguinte, toda a Sociedade. Como disse Zanferdini⁴⁹¹, “enfrentamos, portanto, um paradoxo, quanto mais há processos, há menos justiça, reforçando-se, assim, a ideia popular de que é mais vantajoso um mau acordo do que uma boa demanda.”

Morais⁴⁹² sugere que, para se discutir as relações entre o tempo e o processo, “é necessário recordar que o tempo do processo não é um tempo ordinário”. Do mesmo modo “que o espaço Judiciário reconstrói, por oposição ao abandono da Sociedade, um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano.” Para ele, “o primeiro insinua-se neste como uma ação temporária que, dada a sua ordem e a sua regularidade, compensa as lacunas do tempo profano, que se ritualiza para tornar-se processual.”

A lei oferece, como anota Dinamarco⁴⁹³, “um procedimento bastante ágil e impaciente quando se destina a operacionalizar a garantia constitucionalmente oferecida aos direitos líquidos-e-certos lesados ou postos em perigo pela

Acesso em: 16 set. 2015.

⁴⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça em números**: relatório de 2015, ano-base: 2014. p. 34. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 16 set. 2015.

⁴⁹¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁴⁹² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 93.

⁴⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 340.

Administração (mandado de segurança)”, porém a celeridade restringe-se a estes procedimentos. O formalismo processual, que em muito contribui para a lentidão judicial, afeta todos os demais litígios, como cita o autor, quando “se trata de vencer a resistência do credor a receber (*mora solvendi* ou *mora creditoris*), é preciso um procedimento que inclua a apresentação do bem, para que ele receba ou recuse (ação de consignação em pagamento).”

A morosidade da Justiça prejudica a Efetividade dos direitos fundamentais. Calmon⁴⁹⁴ conclui que o processo deixa de ser efetivo quando ele passa a ser caro e demorado, quando deixam de existir possibilidades efetivas de busca por uma solução judicial e, ainda, quando a decisão se torna obsoleta em razão do tempo decorrido entre a apresentação e necessidade do pedido até a prolação do *decisum*. Para o autor, Justiça lenta é *denegata iustitia*. A ininterrupta demanda processual é um fator multiplicador dos problemas tão recorrentes na Justiça, pois a enorme quantidade de processos exige “mais tempo para a conclusão de cada um, o que diminui a eficácia e aumenta o custo da Justiça, refazendo-se o ciclo vicioso”.⁴⁹⁵

Vale acrescentar que, o tempo do processo, nos dias atuais, tem assumido importância vital. Em uma Sociedade em que as informações têm sido difundidas de forma bastante célere (em especial pela tecnologia das comunicações), a cobrança dos jurisdicionados e administrados para a rápida prestação jurisdicional foi ampliada.

Desta forma, “com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo”.⁴⁹⁶

No mundo globalizado, complementa Ribeiro⁴⁹⁷, “tudo é instantâneo,

⁴⁹⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 39-40.

⁴⁹⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 39-40.

⁴⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 250.

⁴⁹⁷ RIBEIRO, Manuel de A. (coord.); GUEDES, Armando M.; LIMA, Antônio; SILVA, Germano; PINTO,

morosidade – seja do que for, particularmente a morosidade que lese uma coisa tão central e cotidiana como não pode deixar de ser a justiça – é sentida de forma especialmente dolorosa.”

Toffler⁴⁹⁸ já prenunciava, nos idos anos 80, em seu ensaio avançado àquele tempo, “A terceira onda” – sem relação com as ondas de Cappelletti e Garth – que uma nova civilização estaria emergindo. Para o autor “enquanto se acelera na sociedade, a mudança força uma aceleração dentro de nós”; assim, “a Terceira Onda faz mais do que simplesmente acelerar os fluxos de informação, ela transforma a profunda estrutura de informação de que dependem nossas ações diárias”.

Neste sentido, Becker⁴⁹⁹ agrega que “uma sociedade de massa não se contenta com uma justiça artesanal”. A Sociedade “partiu para a produção *industrial*, marcada pela otimização dos recursos”. Contudo, a produção em escala industrial também não é mais suficiente, posto que “uma sociedade guiada pelo culto à velocidade não se contenta nem com a produção industrial”; e o resultado disto é que a economia “cobra da política e do direito [...] uma aceleração nos *processos decisórios*, que acompanhe sua própria aceleração”, para isto “requer um tratamento que considera adequado aos meios técnicos utilizados: o *digital*”.

Lipovetsky⁵⁰⁰ afirma que a modernidade trouxe consigo um grande impacto no quesito “tempo”; a obsessão pelo “tempo” se apossou de todos os aspectos da vida, e não mais apenas do trabalho. Para ele, “a sociedade hipermoderna se apresenta como a sociedade em que o tempo é cada vez mais vivido como preocupação maior; a sociedade em que se exerce e se generaliza uma pressão temporal crescente”. O autor ainda completa dizendo que “o fato é que nossas sociedades continuam voltadas para o futuro, menos romântico e paradoxalmente mais revolucionário, pois se dedica a tornar tecnicamente possível o

Rui G.; SILVA, José L. M. **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36.

⁴⁹⁸ TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 164. Título original: *The third wave*. Primeira edição em: 1980.

⁴⁹⁹ BECKER, L. A. **Qual é o Jogo do Processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 342.

⁵⁰⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla. 2004, p. 75. Título Original: *Les temps hypermodernes*. Primeira edição em: 2004.

impossível”⁵⁰¹.

Sob essas premissas, López⁵⁰² descreve que a Sociedade em Rede⁵⁰³ é ultraglobalizada e transformou a estrutura econômica e social, política e cultural da primeira modernidade. A Sociedade Industrial já está distante, causando uma “quebra” irreversível no tempo histórico e no espaço social. Esta metamorfose está afastando os grandes símbolos da modernidade, o Estado-nação, a família nuclear, está-se “destraditionalizando” as formas da Sociedade industrial de vida.

Ao tratar da temática no âmbito dos mercados transnacionais, Faria⁵⁰⁴ entende que, com os avanços da informática, a revolução da microeletrônica e o avanço das telecomunicações, o processo decisório está cada vez mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita fusos horários. Nesta linha, os grandes agentes econômicos, em busca de uma resolução mais célere de suas questões, têm evitado os tribunais e optado por mecanismos mais ágeis e dinâmicos como a Mediação e a Arbitragem, porquanto seu pragmatismo e sua flexibilidade “han sido contrapuestos cada vez más a las normas y a los procedimientos altamente ritualistas de los modelos continentales, considerados poco objetivos, lentos e incompatibles com los imperativos de la globalización”.

Para finalizar, oportuna a reflexão de Castoriadis⁵⁰⁵ quando diz que “toda sociedade existe instituindo o mundo como o seu mundo, ou seu mundo como o mundo, e instituindo-se como parte deste mundo. Desta instituição, do mundo e da

⁵⁰¹ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004. p. 68. Título Original: *Les temps hypermodernes*. Primeira edição em: 2004.

⁵⁰² LÓPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 8-9

⁵⁰³ Expressão adotada pela primeira vez, no ano de 1991, pelo sociólogo holandês, Jan Van Dijk, diz respeito a um sistema social em que as redes digitais substituem as redes sociais, tornando-se o modo hegemônico de interação. (LÓPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 8).

⁵⁰⁴ “tem sido cada vez mais contrapostos às normas e aos procedimentos altamente ritualistas dos modelos continentais, considerados pouco objetivos, lentos e incompatíveis com as necessidades da globalização” (tradução livre do autor da presente Tese). FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). In: JULIOS-CAPUZANO; Alfonso de (Org.). **Ciudadanía y derecho en la era de la globalización**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 118.

⁵⁰⁵ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 222.

sociedade, pela sociedade, a instituição do tempo é sempre componente essencial”.

Na contemporaneidade, parece certo dizer que a Sociedade exige que as demandas sigam no compasso da era digital e não enxerga outra medida de tempo senão a da sua realidade; um ritmo diverso não importará para ela e será tido como ineficiente.

2.3.3 A ineficiência do Poder Judiciário

Sendo a função primordial do Poder Judiciário a efetiva tutela dos direitos e interesses legítimos das pessoas, ao retardar ou deixar de cumprir adequadamente esta prestação jurisdicional, sugere-se pensar que esse serviço de natureza pública se torna ineficiente; logo, injusto. Pois a Justiça, como alerta Rawls⁵⁰⁶, “é definida de modo a ser consistente com a eficiência [...] tem primazia sobre a eficiência. [...] um esquema perfeitamente justo é também eficiente.” A mais relevante causa da atual ineficiência do Judiciário, como se viu, parece mesmo ser a morosidade.

De sua parte, Tasse⁵⁰⁷ acredita que o cidadão brasileiro, ao olhar para o seu Estado, observa que há “uma total ineficiência da estrutura existente, que se limita à cobrança das altas cargas tributárias e a investimentos nulos, na real construção de uma sociedade mais digna”. E neste quadro está inserido o Poder Judiciário “como parte do Estado ineficiente e incapaz de atender aos interesses populares. O que se precisa e o que se deseja é uma reestruturação do Estado brasileiro como um todo, incluindo-se o Poder Judiciário no campo das mudanças”. Para o autor, “não há uma reforma efetiva do Poder Judiciário, quando, tão-somente, separam-se alguns procedimentos previstos na lei brasileira, e a eles se dá nova roupagem”.

Tenenblat⁵⁰⁸ aponta que “dentre os diversos fatores que concorrem para a ineficiência do Judiciário brasileiro e para a morosidade na tramitação das ações,

⁵⁰⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 84. Título original: *A Theory of Justice*. Primeira edição em: 1971.

⁵⁰⁷ TASSE, Adel El. **A “crise” no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 44.

⁵⁰⁸ TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

[está] o imenso número de processos que abarrotam prateleiras de varas e tribunais”. Esta situação do avolumamento de demandas no Poder Judiciário leva à ideia de que esse poder encontra-se em uma crise paradoxal, porquanto, na medida em que o acesso ao Judiciário deve ser amplo, a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais; ao mesmo tempo, o número de ações deve ser reduzido de forma que o Judiciário possa cumprir de forma satisfatória suas atribuições constitucionais.

Entretanto, esclarece o precitado autor que tal paradoxo não é real, uma vez que, ao observar a situação com maior profundidade, percebe-se que o problema reside na péssima distribuição do Acesso à Justiça entre a população; ou seja, “a mesma Justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade”.

A busca, portanto, parece ser necessária no sentido da mudança da mentalidade da população e dos operadores jurídicos, ou seja, uma mudança cultural, para que também seja minimizado o uso predatório do Poder Judiciário.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça⁵⁰⁹ divulgou notícia que confirma esta tendência da banalização do Poder Judiciário. Em dados colhidos pela instituição, verificou-se que os Juizados Especiais – criados com a proposta de oferecer um mecanismo menos burocrático e mais acessível à população, em especial, de baixa renda –, com menos de duas décadas de existência já apresentam uma sobrecarga de processos sem a devida correspondência de recursos e pessoal.

Com a consolidação política da democracia no Brasil, afiança Abreu⁵¹⁰, tem sido cobrada uma postura do Poder Judiciário não apenas relacionada à “estonteante explosão de conflitos individuais” que expõe de maneira drástica a “sua ineficiência funcional numa Sociedade em profunda transformação”.

⁵⁰⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jovem e sobrecarregado, sistema de juizados discute problemas**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30579-jovem-e-sobrecarregado-sistema-de-juizados-discute-problemas>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵¹⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 316.

Por seu turno, Moreira⁵¹¹ considera:

Outro prisma de uma atuação política impropriamente imputada à esfera judicial, enquanto reflexo da ampliação das ações dos outros poderes sobre os espaços judiciários, poderia ser ainda identificado na pretensão de que questões centrais de políticas públicas que chegam à esfera judicial sejam dirimidas a partir essencialmente de seus aspectos políticos – o que pode ser visualizado como uma tentativa de politização de conflitos jurídicos – como decorrência maior, em regra, da imposição de medidas interventivas na ordem econômico-social e/ou geradoras de tensões sociais com grande repercussão na órbita político-institucional, geralmente compreendidas enquanto pretensas condições de governabilidade, mesmo que de constitucionalidade duvidosa.

Pinheiro⁵¹² pondera que “o descontentamento em relação à Justiça não é, porém, um fenômeno recente ou restrito ao Brasil, mas um sentimento antigo e disseminado. Por toda parte, severas críticas são feitas ao modo de funcionamento do judiciário”. No caso do Brasil, parece certo que a sua ineficiência decorre de causas amplamente arraigadas por um perfil administrativo e historicamente sedimentado e que “os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do País, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação [dos] ‘operadores do direito’”.

Nesse aspecto, Faria constrói uma discussão acerca da própria limitação estrutural das instituições judiciais no que diz respeito ao seu perfil arquitetônico – como já apontado por Commaille – e à crescente complexidade do mundo contemporâneo. Seu formalismo excessivo impossibilita a visão desta complexidade e “sus principios generales, sus reglas y sus procedimientos ya no consiguen regular y disciplinar, guardando la debida coherencia sistémica, hechos multidimensionales y heterogéneos.”⁵¹³

⁵¹¹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 84.

⁵¹² PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 246-247.

⁵¹³ “Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multidimensionais e heterogêneos” (tradução livre do autor da presente Tese). FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). *In*: JULIOS-CAPUZANO; Alfonso de (Org.).

Entrave diverso, encontrado por Silva⁵¹⁴, “é a dificuldade de adaptação às novas realidades da sociedade” e esta “tem avançado mais do que o direito pode acompanhar.” Por conseguinte, “o sistema jurídico brasileiro, baseado em pilares positivistas, entrava intensamente a decisão dos litígios”, uma vez que a legislação não prevê todas as situações passíveis de ocorrer no mundo dos fatos; como disse Alexy⁵¹⁵ “nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado”.

Silva⁵¹⁶ completa dizendo que embora o Código de Processo Civil permita ao juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito quando não houver norma legal específica (artigo 126), a mentalidade do magistrado ainda é um obstáculo a ser transposto, pois, nas palavras de Silva⁵¹⁷ “o juiz não foi acostumado a libertar-se do vínculo legal, ou seja, de considerar que, por trás de sua sentença, não há uma norma que justifica o seu ato”.

Por seu turno, Moreira⁵¹⁸ aponta “uma forte condicionante de ineficiência” que “ainda não mereceu a devida atenção em termos de reforma do sistema: a extrema litigiosidade do poder público no Brasil.” Para ela, realmente, “com permissivo em um sistema recursal anacrônico e ao fundamento da indisponibilidade dos bens públicos”, tornou-se recorrente o investimento em recursos e brechas legais para a procrastinação indefinida das ações judiciais em que o ente público poderá sair vencido.

Nesse sentido, ao observar um grupo de advogados na condução da defesa de uma grande operação contra a corrupção ocorrida no Brasil, Falcão⁵¹⁹

Ciudadanía y derecho en la era de la globalización. Madrid: Dykinson, 2007. p. 118. p. 118.

⁵¹⁴ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem:** um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005. p. 115

⁵¹⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36.

⁵¹⁶ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem:** um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005. p. 115

⁵¹⁷ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e arbitragem:** um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005. p. 115

⁵¹⁸ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil:** crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2009. p. 128-129.

⁵¹⁹ FALCÃO, Joaquim. Este é o século do Judiciário. **Revista Veja.** São Paulo: Abril, 9 set. 2015.

ponderou que “eles [os advogados] ainda se ancoram no campo das abstrações, e não no dos fatos. Buscam a nulidade dos processos, esquecendo do mérito o que é certo o que é errado”. Para o jurista, “esse tipo de defesa, de plantar nulidades para colher prescrição, só deturpa o sentido original do Judiciário e provoca um engarrafamento de casos, sem alcançar o cerne das discussões” e afirma que “os Tribunais mais avançados não eternizam mais debates que, no lugar de fazer justiça, apenas adiam ou mesmo a evitam”.

Numa visão holística, Mancuso⁵²⁰ acredita que há três grandes fatores que determinam o *déficit* de qualidade na resolução dos Conflitos. São eles: “(i) política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; (ii) avaliação de desempenho por critério quantitativo (*in put* e *out put* de processos)” e, por fim, “(iii) tendência à judicialização dos conflitos, e o seu corolário: resistência aos (ou desconhecimento de) outros modos de resolvê-los”.

O perigo destas posturas, apontadas por estes estudiosos, enuncia o Ministro Marco Aurélio⁵²¹, é que “a perda dos valores simbólicos, carcomidos pelas algemas da lentidão, inevitavelmente acabará resultando na prevalência da lei do mais forte, na exacerbação do poder econômico”, o que acaba “acabrunhando sempre e mais o desvalido cidadão comum”, que passa a desacreditar na Justiça.

2.3.4 O Poder Judiciário como pacificador social

Martín⁵²² assegura que a desconfiança nos sistemas heterocompositivos tradicionais, que como *vox populi*, está na mente de todos, é manifesta.

O Poder Judiciário, ideal imaginário de um Estado Democrático de Direito, pela morosidade e ineficiência com que atua parece tornar intransponível a distância entre as expectativas da população e os efeitos de sua atuação, fazendo com que a Sociedade brasileira seja incapaz de identificar nele um instrumento de

⁵²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 888, p. 1-800, out. 2009, p. 32.

⁵²¹ AURÉLIO, Marco. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 88-90, out./dez. 2007.

⁵²² MARTÍN, Nuria Belloso; JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. **Hacia um Paradigma Cosmopolita del Derecho?** Pluralismo Jurídico, Ciudadanía y Resolución de Conflictos. Madrid: Dykinson, 2008. p. 271-272.

construção/efetivação da democracia. Nessa esteira, entende Toaldo que “o Judiciário se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente”.⁵²³

Pondera Bezerra que “a finalidade primordial do direito é resolver conflitos. Pacificá-los e pacificar a sociedade. Contudo só atinge essa finalidade quando utilizado e aplicado de forma justa.”⁵²⁴ E a Justiça, como assevera Rawls⁵²⁵, “é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.”

Os tradicionais mecanismos processuais, como disse Faria⁵²⁶, são insuficientes para “ejercer de manera eficaz su función de absolver tensiones, dirimir conflictos, administrar disputas, neutralizar la violencia y diseminar una expectativa de justicia entre los ciudadanos”.

Para se adentrar na análise do atual descrédito do Poder Judiciário ao aplicar o Direito e corresponder às expectativas sociais de se fazer Justiça, convém também mencionar a acepção de Dallari⁵²⁷ de que “o Direito é o padrão objetivo do justo, eis a primeira idéia fundamental. Todos os indivíduos, em qualquer meio social, possuem um senso de justiça e proferem julgamentos, de aprovação ou reprovação, perante cada fato da vida social.” Assim, afirma o autor citado que, por meio da livre expressão dos membros de um grupo social que se vão “revelando os procedimentos que a generalidade considera justos. Esses procedimentos, convertidos em normas jurídicas fundamentais, constituem um padrão objetivo de

⁵²³ TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21. Acesso em: 22 maio 2014.

⁵²⁴ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44.

⁵²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3. Título original: *A Theory of Justice*. Primeira edição em: 1971.

⁵²⁶ “exercer de maneira eficaz sua função de absolver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas, neutralizar a violência e disseminar uma expectativa de justiça entre os cidadãos” (tradução livre do autor da presente Tese). FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). In: JULIOS-CAPUZANO; Alfonso de (Org.). **Ciudadanía y derecho en la era de la globalización**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 118. p. 115-116.

⁵²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**: Direito e vida social, aplicação do Direito, Direito e política. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.45.

justiça.” Portanto, conclui que “o Direito autêntico não é mera expressão da preferência de alguns indivíduos ou de alguns grupos, mas é o reflexo do sentimento generalizado de Justiça.” E é este sentimento, pondera-se, pode estar atualmente está comprometido.

Theodoro Júnior⁵²⁸ já afirmou que, no Brasil, assim como em alguns Países europeus, modernamente há um grande número de medidas de urgência que conferem ampla tutela aos litigantes de maneira menos burocrática. Entretanto, adverte que, “nada obstante toda essa modernização processual, a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios. É a dura e lastimável realidade”. Em suas críticas, o autor lamenta ser o Poder Judiciário o mais burocratizado dos poderes estatais, além disso, afirma ser este o poder mais ineficiente na produção de efeitos práticos, mais refratário à modernização, mais ritualista; sendo estes os motivos de sua “impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais”.

Ao tratar da crise por que passam os sistemas judiciais, que entornam no descrédito do instituto, Gómez⁵²⁹ sustentou que a primeira observação a ser feita a este respeito refere-se ao aumento do número das ações postuladas, bem como à insuficiência de meios pessoais e materiais de que este poder dispõe.

Nesse passo, Grinover⁵³⁰ também destacou que “a crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados”. Estes, impotentes diante da complexidade dos entraves da função jurisdicional, desdobram “em greves e protestos” uma indignação que “ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e

⁵²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%285%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

⁵²⁹ GÓMEZ, Maria Isabel G. **La función de los jueces:** contexto, actividades y instrumentos. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 31.

⁵³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo, n. 34, p. 11-25, dez. 1990, p. 11-12.

ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada.”

Barbosa Moreira⁵³¹ considera “diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultural em que ela é chamada a trabalhar.” Consoante Zanferdini⁵³², “na sociedade contemporânea, em que o peso da opinião pública é fortemente influenciado pelos meios de comunicação, isso fatalmente acarreta o descrédito do Judiciário e sua deslegitimação como Poder”.

Nery e Nery Júnior⁵³³ consideram que “a (re)constitucionalização de 1988 propôs um período de confiança e estímulo ao cidadão em relação aos órgãos jurisdicionais”, mas criou um grande leque de opções para resolução de Conflitos pela via judicial e logo “desencadeou uma onda de frustrações, desconfianças, descréditos na máquina jurisdicional estatal que, [...] por óbvio, não conseguiu atender satisfatoriamente a este acréscimo de novas demandas.”

Para que ocorram estas transformações, a Cultura do Conflito, já apontada pelo CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA⁵³⁴ como a raiz do problema da tão mencionada crise do Judiciário, deve ser analisada detidamente. E esta cultura, no dizer de Pássara⁵³⁵, “es tradición jurídica, transmitida, elaborada y reelaborada por la lectura e interpretación de textos y la comprensión de las prácticas sociales que esos textos motivam.” Nesse sentido, tem-se a possibilidade de uma mudança de hábitos dos operadores do Direito, de forma que haja, gradativamente, uma mudança de mentalidade de toda a população, a fim de que a Cultura da Sentença

⁵³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Forense**, São Paulo, v. 352, p. 115-122, out.-dez. 2000, p. 118.

⁵³² ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar Conflitos**: uma necessária releitura do acesso à Justiça. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁵³³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

⁵³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30086-justica-se-compromete-a-priorizar-conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos>. Acesso em: 19 dez. 2014.

⁵³⁵ “é tradição jurídica, transmitida, elaborada e reelaborada pela leitura e interpretação de textos e a compreensão das práticas sociais que estes textos motivam” (tradução livre do autor da presente Tese). PÁSSARA, Luis. **Los actores de la justicia latinoamericana**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007. p. 26, 38-39.

seja substituída pelo desejo de pacificação sem litigância.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO 3

CAMINHOS PARA A MUDANÇA DA CULTURA DA SENTENÇA

Diante da citada crise do Poder Judiciário, busca-se, aqui, explorar vias alternativas de resolução dos conflitos, como mecanismos eficientes e de viável aplicação no judiciário brasileiro, em conformidade com as metas definidas pelo Conselho Nacional de Justiça para a expansão e uso dos métodos consensuais em todos os tribunais do País.

Abordam-se alguns aspectos da cultura de resolução de Conflitos pela via judicial e os óbices para sua dissolução, com iniciativas legislativas e administrativas, bem como a abordagem acadêmica dada ao tema pelas Universidades e escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

3.1 AS CONSOLIDADAS VIAS ALTERNATIVAS À CULTURA DA SENTENÇA

3.1.1 Considerações iniciais

Daquilo que já se construiu no presente estudo, parece correto sustentar que os Processos Judiciais são os métodos ditos tradicionais de obtenção da Pacificação Social. Conforme Chiovenda⁵³⁶, quando há falha na prestação espontânea da norma, “substituir-se-lhe-á a realização mediante o processo.” Calmon Filho⁵³⁷ também pondera que, surgindo o Conflito pela inobservância da norma, “a jurisdição estatal apresenta-se como meio ordinário a esse fim destinado”.

Catena *et al*⁵³⁸ indicam que “la jurisdicción [...] es, pues, un método de resolución de los conflictos”, mas ponderam que, na atualidade, não se pode afirmar

⁵³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 55. Título original: *Instituzioni di diritto processuale civile*. Primeira edição em: 1942.

⁵³⁷ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

⁵³⁸ “A Jurisdição [...] é, pois, um método de resolução de conflitos” (tradução livre do autor da presente Tese). CATENA, Victor M. (Director); CEBRIÁN, Marco V.; FLUJA, Vicente G.; MANZANARES, Raquel C.; SUARÉZ-BÁRCENA, Emilio; CONTRERAS, Luis M. **Manual de Organización Judicial**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 73.

que a Jurisdição assume com exclusividade o poder de resolver os Conflitos.

Carnelutti⁵³⁹, por seu turno, observa que “a composição da lide também se pode obter por meios diferentes do processo civil; colocada como função dele tal composição, entende-se que, para denotar tais meios pode ser o conceito *equivalente*.”⁵⁴⁰

Atienza⁵⁴¹ considera que, em geral, os Meios Alternativos de resolução de controvérsias nem sempre são os mais adequados para resolver Conflitos em que existe uma notável diferença de poder entre as partes ou Conflitos que suscitem questões de princípios ou que envolvem valores básicos e cuja resolução deveria excluir qualquer tipo de transação.

Importa destacar que no presente estudo não se defende a ideia de uma completa ineficácia do Processo Judicial como mecanismo eficaz para a almejada resolução de Conflitos, em especial quando se tratam de questões que envolvam grandes situações jurídicas.

O que se sugere é a hipótese da necessidade desse método convencional baseado na litigiosidade ser complementado por meios não adversariais, em busca de um melhor atendimento, pelo Estado, das necessidades da Sociedade. Consoante Duarte⁵⁴², é por meio do processo que “a sentença é implementada” e a Sentença é “a forma mediante a qual o código do direito se atualiza a respeito das expectativas e materializa seu grau evolutivo”. No entanto, pode-se defender que muitas ações levadas ao Judiciário poderiam ser resolvidas sem o enfrentamento do longo caminho processual. Em determinados casos, muitas controvérsias podem ser sanadas desde logo em uma audiência conciliatória, de Mediação ou mesmo mediante uma Negociação extrajudicial, resolvendo, pois, a peleja pela utilização de outros mecanismos de pacificação.

⁵³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 275.

⁵⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 157.

⁵⁴¹ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 709.

⁵⁴² DUARTE, Francisco Carlos. **Reforma do Judiciário: por um novo paradigma**. v.II. Curitiba: Juruá, 2002. p. 95.

Nessa senda, merecem destaque as palavras de Nalini⁵⁴³ quando diz que “a sociedade brasileira não pode ser convertida num grande tribunal. Nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população”. O autor também compactua do entendimento reforçado por Atienza de que “o Judiciário há de ser reservado para as grandes questões”.

Sobre a matéria, Alvim⁵⁴⁴, amparado nas percepções do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, construiu uma analogia entre o atual quadro do Poder Judiciário e a “geladeira da madame”⁵⁴⁵. O precitado compara a Justiça à “geladeira da madame”, propondo que se mantenha no Judiciário apenas o que é próprio do Judiciário, sugerindo que, quando possível, em certa medida, a “privatização” da “solução dos conflitos de interesses na segurança da paz social”⁵⁴⁶.

Silveira⁵⁴⁷ também observa que, no Estado brasileiro, falta “a cultura do bom senso, prevalecendo a cultura do Estado patrão que na mente das pessoas tem a responsabilidade de dar solução a todos os problemas particulares, por mais banais que possam ser”.

Nesse contexto, pode-se cogitar que os Meios Alternativos de pacificação têm assumido um importante papel na Sociedade atual, conforme indica Sales⁵⁴⁸, “o crescimento dos grupos sociais organizados e das empresas têm provocado o

⁵⁴³ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100. Primeira edição em: 1994.

⁵⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84. p. 175-199, out./dez. 1996.

⁵⁴⁵ A Justiça brasileira está [...] na situação daquela casa que, em razão do comodismo, do imediatismo, do que fosse, estava em completa desordem. A tal ponto que a dona de casa, pela lei do menor esforço passou a guardar os seus óculos na mencionada geladeira [...]. Mal ou bem, era ali que ela sabia onde estavam os óculos, quando os queria. [...] O inconveniente [...] é que – pela mesma lei – atrás dos óculos outras coisas se passaram a pôr na geladeira [...] em pouco, o caos da casa estava, igualmente, gelando no refrigerador. Com as óbvias consequências: só a madame podia pôr e tirar objetos na geladeira; a retirada [...] demandava trabalho inaudito, pois tinham que ser tirados, antes, um sem número de coisas, demoradamente, o que só a madame podia fazer; não se degelava a geladeira, o gelo tudo tomou conta; o aparelho mal funcionava. Evidente a necessidade de uma só providência: manter na geladeira só o que era próprio da geladeira!

⁵⁴⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84. p. 175-199, out./dez. 1996.

⁵⁴⁷ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem**: nas locações de imóveis urbanos. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 37.

⁵⁴⁸ SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 35.

desenvolvimento de novas formas de Processos decisórios de conflitos que possibilitem a solução de controvérsias com a eficiência e a qualidade desejadas”. Para ela, estas mudanças sociais têm demonstrado a necessidade de o padrão resolutivo de Conflitos – Judiciário – passar a conviver com esses padrões informais.

Desde sua formação, nos idos dos anos setenta, os Meios Alternativos, segundo Atienza⁵⁴⁹, eclodiram de um grande interesse, por parte dos norte americanos, por estudar e analisar as possibilidades de utilização de novos sistemas para a resolução dos Conflitos que não apenas em esfera judicial, dando início a um movimento conhecido como ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Tal movimento logo se expandiu para a Europa e América Latina, expondo as vantagens que estes procedimentos alternativos tinham em relação ao procedimento jurisdicional convencional.

Como assinala Rius⁵⁵⁰, em 1976, quando Warren E. Burger, magistrado do Tribunal Superior nos Estados Unidos da América, convocou a *Conference Roscoe E. Pound* para analisar as causas do descontentamento popular com a administração da Justiça de Saint Paul, avivou-se o interesse das instituições legais pelas vias alternativas de resolução de Conflitos; estas novas fórmulas se baseavam em um maior protagonismo das partes no momento de decidir suas diferenças. Para a estudiosa, a necessidade de reconhecimento de uma maior intervenção dos próprios afetados na gestão do Conflito se fazia mais evidente e lógica nas problemáticas com maior transcendências pessoal e relacional. Assim, no ano de 1990, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a Lei de Resolução de Litígios Administrativos, obrigando que todos os organismos federais criassem políticas para a utilização das ADRs.

Nos anos 80 (oitenta), estes novos sistemas já chegavam à Europa e foram recepcionados, integrando seus princípios básicos de voluntariedade, confidencialidade, imparcialidade e neutralidade no que diz respeito aos

⁵⁴⁹ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 709.

⁵⁵⁰ RIUS, Anna Vall. Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos. In: **Materiales del libro blanco de la mediación en cataluña**. v.2. Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, 2011. p. 261-262.

mediadores.⁵⁵¹

No Direito britânico, “a escolha por vias de solução de conflitos que não as oficiais, tanto por motivos econômicos como por outros quaisquer, é apoiada e patrocinada pelo governo e pela atividade judicial” e, como pontua Andrews⁵⁵², a ideia é que “o processo judicial seja considerado como a última opção para os litígios na Inglaterra”.

No Brasil, conforme Silva⁵⁵³, os Meios Alternativos de solução de controvérsias tiveram um grande avanço a partir da vitoriosa experiência dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84). Após a edição desta Lei, que tinha como proposta a facilitação do Acesso à Justiça, “ficou clara a aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário”. O autor afirma que, não obstante essa atenção voltada aos Meios Alternativos de resolução de Conflitos a partir dos Juizados de Pequenas Causas e, após, os Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), “não temos em nosso país uma cultura na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, [...] mas podemos observar uma grande tendência do crescimento destes institutos”.

Neste ponto, vale ressaltar que, no Brasil, na própria Constituição do Império⁵⁵⁴, já havia texto legal prescrevendo acerca dos institutos da Arbitragem e Conciliação. Previa o artigo 160 que “nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”. Ainda, o artigo 161 estabelecia que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. Apesar disto, estes mecanismos nunca foram

⁵⁵¹ RIUS, Anna Vall. Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos. In: **Materiales del libro blanco de la mediación en cataluña**. v.2. Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics y Formación Especializada, 2011. p. 261-262.

⁵⁵² ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. p. 32.

⁵⁵³ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21.

⁵⁵⁴ BRASIL. **Constituição do Império**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 1 de jul. de 2015.

efetivamente consolidados na prática jurídica convencional.

No repertório de propostas para modernizar o setor jurídico, entende Bergoglio⁵⁵⁵ que a incorporação de Meios Alternativos de resolução de Conflitos tem sido entendida como a ferramenta principal para se atingir, simultaneamente, as metas de melhorar o acesso à Jurisdição e a eficiência do funcionamento dos tribunais, sem aumentar desproporcionalmente o gasto público com a Justiça.

Segundo dados da Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC⁵⁵⁶, algumas instituições do Estado de Santa Catarina têm se colocado como divulgadoras dos Meios Alternativos de pacificação de Conflitos, em razão das vantagens proporcionadas por estes métodos; a revista cita algumas destas instituições engajadas na propagação destes sistemas, dando destaque ao Conselho Regional de Contabilidade, que lidera como entusiasta na promoção – em conjunto com o Fecema – do Secmasc⁵⁵⁷ e do Mutirão de Conciliação e Arbitragem. Pronunciando-se a respeito, o presidente do Conselho Regional de Contabilidade, Adilson Cordeiro, enfatizou que “sabemos a importância do tema, pois evita a judicialização de muitas causas que podem ser resolvidas sem lotar ainda mais a Justiça com novos processos”.⁵⁵⁸

O Conselho Nacional de Justiça também tem desenvolvido, com bastante regularidade, projetos que visam incentivar os Meios Alternativos de resolução de Conflitos. Alguns destes projetos serão vistos em tópicos posteriores; entretanto, de

⁵⁵⁵ BERGOGLIO, María Inés. Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Córdoba, Argentina. *In*: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2010. p. 53-54.

⁵⁵⁶ Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1. p. 3-33.

⁵⁵⁷ O SEC Masc – Seminário de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Santa Catarina é um evento de iniciativa da FECEMA – Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem em conjunto com o CRCSC – Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina, e prima por proporcionar aos presentes o aprimoramento de seus conhecimentos sobre as formas alternativas de resolução de conflitos; oportunizar a integração e a troca de experiências das instituições especializadas, dos interessados e pessoas que exercitam as formas alternativas de resolução de conflitos; contribuir para a divulgação da cultura da Negociação, da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem como formas eficientes de pacificação de conflitos. (Informações vertidas do endereço eletrônico da Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/secmasc/iv-apresenta>. Acesso em: 25 ago. 2014).

⁵⁵⁸ Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1. p. 3-33.

forma ampla, pode-se citar a criação do Programa Juizados dos Aeroportos, instituído com esteio nos artigo 125, § 7º, da Constituição Federal⁵⁵⁹, bem como artigo 94 da Lei n. 9.099/95⁵⁶⁰ e artigo 176 do Código de Processo Civil⁵⁶¹. Esta iniciativa pretende evitar o desgaste de muitos usuários do transporte aéreo, resolvendo pequenos contratemplos ainda no interior dos aeroportos. Com o Provimento n. 11/2010⁵⁶², o Conselho Nacional de Justiça passou a uniformizar os procedimentos pertinentes ao funcionamento de Unidades do Poder Judiciário instaladas em aeroportos brasileiros, e o encaminhamento para o juízo competente dos pedidos iniciais nelas formulados.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – assim como os demais estados e Distrito Federal – também tem adotado diversas medidas no sentido de proporcionar à população mecanismos eficientes de Pacificação Social. O Conselho Gestor do Sistema de Juizados Especiais e Programas alternativos de solução de Conflitos foi criado na estrutura administrativa do Tribunal de Justiça do Estado com o fito de “estabelecer políticas, fixar diretrizes, planejar e orientar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Casas da Cidadania e demais programas voltados à cidadania e à solução não adversarial de conflitos”.⁵⁶³

Neste sentido, o Conselho Gestor, no âmbito do Estado de Santa Catarina, tem desenvolvido grandes projetos, *verbi gratia*, a Casa da Cidadania, criada com o objetivo de “humanizar a Justiça, implementando ações que visem o pleno exercício da cidadania, gerando uma cultura de democracia participativa,

⁵⁵⁹ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

⁵⁶⁰ Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas

⁵⁶¹ Art. 176. Os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo. Podem, todavia, efetuar-se em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

⁵⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 11**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/juizadosaeroportos/Provimento%2011.2010%20CNJ.pdf>. Acesso em: 01 dez. de 2014.

⁵⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ato Regimental n. 76/2006**. Disponível em: http://www.tjsc.jus.br/institucional/conselho_gestor/conselho_gestor.html. Acesso em: 27 nov. 2014.

como corolário de uma prática integrada com a comunidade”.⁵⁶⁴ No ambiente deste projeto, regulamentado no Tribunal de Justiça pela Resolução n. 07/08-TJ, são priorizadas as práticas de Pacificação Social, de Conciliação e Mediação e os demais meios não adversariais de solução de Conflitos (artigo 1º).

A Resolução n. 23/06 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina regulamentou a criação, instalação e funcionamento dos Postos de Atendimento e Conciliação – PACs, como serviços prestados de maneira autônoma ou agregados às Casas da Cidadania. Mediante um convênio entre Tribunal de Justiça e os entes públicos ou privados interessados no serviço, os Postos de Atendimentos são instalados e passam a ter competência para recepcionar e registrar reclamações que admitam Conciliação e/ou para atermar pedidos da competência dos Juizados Especiais.

Ainda no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, dá-se destaque à medida adotada pelo Juiz agrário Juliano Serpa, que promoveu um acordo entre ocupantes de áreas públicas do Estado. Em janeiro de 2015, após reunião com as famílias ocupantes do local público, o magistrado selou um acordo em que se estabeleceu a desocupação da área até julho de 2015⁵⁶⁵. Os Conflitos agrários existentes no País são bastante sérios e um juízo especializado, voltado primordialmente à tentativa de solução amigável, tem trazido resultados benéficos a toda a Sociedade.

Nesta cidade de Itajaí, em 23 de julho de 2015 também foi inaugurada a Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina (CAMESC)⁵⁶⁶ que conta com 20 (vinte) membros, entre árbitros e mediadores, visando contribuir para solução pacífica de Conflitos e controvérsias. O organismo tem como objetivo “proporcionar mecanismo de solução eficaz aos conflitos nos negócios jurídicos através da

⁵⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Casas da Cidadania**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/casadacidadania/cidadania.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

⁵⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Juiz agrário de SC faz balanço positivo ao iniciar trabalho de pacificação no campo**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-agrario-de-sc-faz-balanco-positivo-ao-iniciar-trabalho-de-pacificacao-no-campo>. Acesso: 11 fev. 2015.

⁵⁶⁶ Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina. Disponível em: http://www.camesc.com.br/quem_somos. Acesso: 15 set. 2015.

conciliação, da mediação e da arbitragem”, valendo-se, para tanto “de métodos há muito incorporados nos usos e costumes dos países desenvolvidos e, agora, face ao processo de globalização e necessidade de readequação na busca de alternativas e dinâmicas para resolução dos conflitos frente a morosidade do Poder Judiciário”⁵⁶⁷.

Estas experiências parecem confirmar a ideia de que o espaço para o consenso deve ser ampliado, privilegiado e prestigiado no campo da atividade jurisdicional brasileira.

No cenário estrangeiro, citando o caso espanhol, esta também é uma preocupação latente, como adverte Gómez⁵⁶⁸, as vias alternativas mostram-se adequadas em muitos casos e “con mejores rendimientos que los que actualmente puede otorgar la vía jurisdiccional”.

Na Espanha, há mais de mil anos, foi desenvolvido um sistema popular chamado de Tribunal das Águas da Vega e de Valência⁵⁶⁹, que tem como propósito a composição de Conflitos envolvendo recursos hídricos existentes entre o rio Túria. Este tribunal, consoante Machado⁵⁷⁰, “se reúne em plena praça pública e agiliza os julgamentos, em procedimento oral”.

A organização, internacionalmente aclamada, possui ainda outras importantes características destacadas por Martins⁵⁷¹, como: a organicidade etnográfica e pontualidade histórica (“os fundamentos biológicos, sociológicos, psicológicos e ecológicos da vida social se combinaram, amadureceram e modelaram, pouco a pouco, o que é hoje essa instituição milenar”⁵⁷²), a concentração de ações legais (“toda a instituição do processo do Tribunal de las Aguas (investigação, apresentação de provas documentais e/ou avaliação

⁵⁶⁷ Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina. Disponível em: http://www.camesc.com.br/quem_somos. Acesso: 15 set. 2015.

⁵⁶⁸ “com melhores rendimentos do que atualmente pode conceder o processo judicial” (tradução livre o autor da presente tese). GÓMEZ, Isabel Garrido. **La función de los jueces: contexto, actividades y instrumentos**. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2014. p. 42.

⁵⁶⁹ Seu nome oficial é “Tribunal de los Acequeros de la Vega de Valencia”.

⁵⁷⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 112.

⁵⁷¹ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia**. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 387-399.

⁵⁷² MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia**. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 386.

técnica[...]) é feita, apresentada e decidida sem atraso, em uma só sessão⁵⁷³), a rapidez (“a rapidez é uma conseqüência natural da concentração dos procedimentos legais⁵⁷⁴), a oralidade (os procedimentos são completamente orais), publicidade (“os procedimentos legais do Tribunal de las Aguas são públicos no sentido informal da palavra, eis que são realizados num espaço público, no coração da cidade, para que todos vejam e ouçam⁵⁷⁵), economia (“os julgamentos não envolvem quaisquer custos processuais⁵⁷⁶), *auctoritas* (legitimação socialmente reconhecida que pode ser dada ao indivíduo ou a uma instituição de acordo com a capacidade moral de emitirem opiniões⁵⁷⁷).

Martins⁵⁷⁸ ainda acrescenta que “a reflexão sobre o Tribunal de las Aguas demonstra que a resolução de conflitos é um *drive* inerente à inteligência, um mecanismo de equilíbrio”. Para a autora, “o Tribunal de las Aguas se mantém operacional porque ele foi capaz de preservar, ao longo do tempo, uma estrutura orgânica embasada em valores universais”.

De outro norte, na aplicação dos Meios Alternativos também vem sendo utilizado já há algum tempo, notadamente em solo estrangeiro, o denominado *Online Disputa Resolution* (ODR). Consoante De Heredia⁵⁷⁹, este procedimento, difundido inicialmente pelos profissionais familiarizados com os Meios Alternativos de resolução de disputas, visa transladar os diversos métodos alternativos (Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem) para o meio cibernético.

Apesar de todo este estímulo da prática dos Meios Alternativos na pacificação dos Conflitos, é bom que se reflita que a utilização destes métodos de

⁵⁷³ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 388.

⁵⁷⁴ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 390.

⁵⁷⁵ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 395.

⁵⁷⁶ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 396.

⁵⁷⁷ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 397-399.

⁵⁷⁸ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 387-399.

⁵⁷⁹ DE HEREDIA, Ramón Alzate S. La resolución alternativa de disputas en línea. In: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010. p. 169.

composição, diferentes da Sentença judicial, não parece servir à substituição da Jurisdição estatal ou sequer almeja concorrer com ela, mas apenas se mostrar como opção hábil a resolver Conflitos de maneira mais efetiva.

De outro norte, importa anotar que, da locução “Meios Alternativos”, deve-se compreender os métodos de Pacificação Social presentes não apenas em âmbito extrajudicial, como também os presentes na esfera judicial. Neste sentido, Gouveia⁵⁸⁰ também entende que “a definição de resolução alternativa de litígios deve, assim, ser alargada a todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal judicial”, mesmo que processada no interior do Poder Judiciário, no transcorrer da ação, como ocorre, por exemplo, com a Conciliação e, agora, a Mediação.

Atienza⁵⁸¹ também ressalva que a utilização dos Meios Alternativos é um feito de notável importância em todas as Sociedades desenvolvidas, destacando que “esos procedimientos no son únicamente la negociación, la mediación o el arbitraje, sino que éstos serían algo así como tipos básicos primarios, que pueden ser ‘combinados’ de my diversas formas”, o que daria lugar a uma pluralidade de procedimentos híbridos, como “el juez privado (*Private Judging*), el mini juicio (*Mini Trial*), el ombudsman, etc”.

Neste estudo, far-se-á referência a estas medidas que podem ser uma alternativa à composição dos dissensos. Serão apontados, ademais, os sistemas mais usuais no Brasil (a Negociação; a Conciliação; a Mediação e a Arbitragem), uma vez que a resolução alternativa dos litígios não está fechada em tipologias estritas e outros Meios Alternativos são conhecidos e apontados pelas doutrinas nacionais e estrangeiras, mas que não serão destacados neste estudo por serem mecanismos híbridos dos quais ainda não se conhece a Efetividade e não possuem

⁵⁸⁰ GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 16.

⁵⁸¹ “esses procedimientos não são unicamente a negociação, a mediação e a arbitragem, estes seriam apenas os tipos básicos primários, que podem ser combinados de diversas formas”. “Juiz Privado, o Mini Judiciário, o ombudsman (espécie de defensor público), etc” (tradução livre do autor da presente Tese). ATIENZA, Manuel. Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Contradicciones entre derecho y control social**. Barcelona: Goethe Institut y M. J. Bosch, 1998. p. 61.

uma construção teórica definitiva.⁵⁸²

Ademais, sem se comprometer com o esgotamento da matéria vertida neste estudo, a título meramente ilustrativo, anexa-se à presente Tese um quadro compilatório das legislações brasileira, portuguesa e espanhola pertinentes aos Meios Alternativos, a fim de demonstrar suas similaridades, destacando-se, em análise meramente sumária, o avanço – no que diz respeito a questões práticas e procedimentais – das legislações europeias frente à brasileira.

Nos tópicos seguintes, abordar-se-ão os mecanismos autocompositivos de pacificação das controvérsias, bem como a Arbitragem, com o objetivo de demonstrar alternativas à busca da paz social desarraigadas da litigiosidade presente nos costumeiros Processos Judiciais, cujo número excessivo contribui para a crise do Poder Judiciário. No dizer de Cessetti e Sansana⁵⁸³, “uma releitura do procedimento judicial, fundamentado na informalidade diálogo, construção e satisfação das partes, no ideal de pacificação social, grande função do Poder Judiciário”.

3.1.2 A Negociação

Todo ser humano é, por natureza, um negociador⁵⁸⁴. Fisher *et al*⁵⁸⁵ afirmam que cotidianamente as pessoas se envolvem em processos de Negociação (na família, na escola, no trabalho, no trânsito entre outros ambientes), sendo ela “um meio básico de conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos”.

Nesse sentido, Zajdsnajder⁵⁸⁶ defende que as negociações são

⁵⁸² GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 18.

⁵⁸³ CESSETTI, Alexia Rodrigues Brotto; SANSANA, Maureen Cristina. Métodos alternativos de resolução de conflitos: expectativas ao Poder Judiciário. *In: Revista Bonijuris*, ano XXIV, novembro 2012. p. 37.

⁵⁸⁴ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 37.

⁵⁸⁵ FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 216.

⁵⁸⁶ ZAJDSNAJDER, Luciano. **Teoria e Prática da Negociação**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

interações que “exigem das partes uma acuidade de percepção e, especialmente, uma disposição para perceber o outro da forma mais realista possível, de modo a captar as suas possibilidades e necessidades e encontrar os pontos viáveis de entendimento”.

Desponta dos estudos de Segovia⁵⁸⁷ um exame acurado acerca deste mecanismo. Amparado na análise de *experts* na matéria, o autor confrontou algumas considerações acerca da Negociação, a fim de extrair um conceito básico deste método autocompositivo. Assim, importou das visões de Evans⁵⁸⁸ que “la negociación es evidentemente un proceso que puede ser impulsado por la lógica, el poder, la transacción, el intercambio, la emoción, o bien por un planteamiento efectivo para la resolución de problemas”. Também, verteu que a Negociação “es un medio básico de conseguir de los demás aquello que usted desea. Es una comunicación de ida y vuelta, diseñada para alcanzar un acuerdo, cuando usted y la otra parte comparten algunos intereses y tienen otros que son opuestos entre sí”.

De sua pesquisa, Segovia⁵⁸⁹ ainda comparou os entendimentos de Kennedy⁵⁹⁰, Nierenberg⁵⁹¹, Raiffa⁵⁹², Saner⁵⁹³ e Ury⁵⁹⁴, concluindo, genericamente,

p. 51-52.

⁵⁸⁷ SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁸⁸ “A negociação é evidentemente um Processo que pode ser impulsionado pela lógica, o poder, a transação, o intercâmbio, a emoção, o bem por um planejamento efetivo para a resolução dos problemas” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁸⁹ SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹⁰ “A negociação é um explícito intercâmbio pactado de forma voluntária entre pessoas que querem algo uma das outras” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹¹ “Cada vez que as pessoas mudam de idéias com a intenção de modificar suas relações, cada vez que chegam a um acordo estão negociando”. “A negociação depende da comunicação. Se leva a cabo entre pessoas que se representam a si mesmas ou a grupos organizados. Assim, pois, a negociação pode considerar-se como um elemento da conduta humana”. “A negociação é uma atividade de cooperação e nela devem lograr interesses comuns; se trata de um Processo de comportamento, não de um jogo. Em uma boa negociação todos saem ganhando algo” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹² “A negociação é um Processo mediante o qual um grupo de entidades tentam chegar a um acordo mutuamente aceito sobre alguma questão [...]” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial

que, em toda tratativa negocial o objetivo é que os agentes atuem cooperativamente, em prol de uma racionalidade plena que os induza a saírem vitoriosos.

Vê-se que o processo da Negociação não é procedimento ritualístico ou lógico, pois envolve diretamente as partes em confronto e entre elas inexistem qualquer ponderador a sugerir ou insinuar algum caminho. Pela Negociação, os envolvidos procuram ajustar as suas diferenças que perpassam por confrontos de ideias, comportamentos, estratégias e estilos de comunicação.

A maneira como as partes irão conduzir a Negociação afetará substancialmente no resultado do eventual acordo. As formas de dirigir um processo negocial já foram analisadas por Fisher *et al*⁵⁹⁵ que concluíram pela existência de três modos de direção: a maneira afável, a forma áspera e a baseada em princípios. Assim, fixam os motivos conforme o quadro seguinte:

Problema Barganha Posicional: que estilo você adotaria?		Solução
Afável	Áspero	Baseado em princípios
Os participantes são amigos.	Os participantes são adversários.	Os participantes são solucionadores de problemas.
A meta é o acordo.	A meta é a vitória.	A meta é um resultado sensato, atingido de maneira eficiente e amigável.
Faça concessões para cultivar o relacionamento.	Exija concessões como condição do relacionamento.	Separe as pessoas do problema.
Seja afável com as pessoas e com o problema.	Seja áspero com o problema e com as pessoas.	Seja afável com as pessoas e áspero com o problema.
Confie nos outros.	Desconfie dos outros.	Proceda independentemente da confiança.
Mude facilmente de posição.	Aferre-se a sua posição.	Concentre-se nos interesses, e não nas posições.
Faça ofertas.	Faça ameaças.	Explore os interesses.

Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹³ “A negociação é um Processo em que os duas ou mais partes tentam buscar um acordo para estabelecer o que cada uma delas deve dar, receber, levar a cabo ou tolerar em uma transação entre elas” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹⁴ “Em termos gerais, a negociação é um Processo de mutua comunicação tentando chegar a um acordo com outros quando há alguns interesses compartilhados e outros opostos.” “O caminho que leva ao enfrentamento da cooperação é a negociação [...] O certo é transformar um enfrentamento em um exercício de solução conjunta de problemas” (tradução livre do autor da presente Tese). SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 19.

⁵⁹⁵ FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 216.

Revele o seu piso mínimo.	Iluda quanto ao seu piso mínimo.	Evite ter um piso mínimo.
Aceite perdas unilaterais para chegar a um acordo.	Exija vantagens unilaterais como preço do acordo.	Invente opções de benefícios mútuos.
Busque apenas uma resposta: a que eles aceitarão.	Busque apenas uma resposta: a que você aceitará.	Desenvolva opções múltiplas dentre as quais escolher; decida depois.
Insista no acordo.	Insista em sua posição.	Insista em critérios objetivos.
Tente evitar as disputas de vontades.	Tente vencer as disputas de vontades.	Tente chegar a um resultado baseado em padrões independentes da vontade.
Ceda à pressão.	Exerça pressão.	Raciocine e permaneça aberto à razão; ceda aos princípios e não a pressões.

Fonte: FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994. p. 216.

Para os autores, a Negociação baseada em princípios ou Negociação dos métodos consiste na melhor forma de Negociação, pois este modelo nivelará as partes e importará na garantia do equilíbrio entre elas, haja vista que toda Negociação visa a um acordo sensato, que atingirá com “eficiência e segurança o aprimoramento da relação entre as partes e não o seu distanciamento”.⁵⁹⁶

Calmon⁵⁹⁷ faz um pertinente apontamento ao relatar que, no Brasil, os advogados não possuem a tendência à Negociação ou ao oferecimento desta opção aos seus clientes, conduta que não critica por considerar que a formação acadêmica dos juristas brasileiros é totalmente voltada ao Processo Judicial (vide item 3.3.1).

Bezerra⁵⁹⁸ faz a mesma consideração, observando que a Negociação não tem sido oferecida como disciplina na formação dos advogados. Pondera que, nos Estados Unidos, já se fez incluir nos currículos acadêmicos matérias sobre Negociação de Conflitos e “antes de conhecerem seus diplomas de bacharel em direito, fazem os alunos passarem por testes de capacidade como negociadores e mediadores.”

Bacellar⁵⁹⁹ defende a institucionalização da Negociação e explica que, em determinados casos, uma decisão judicial não atenderá de forma satisfatória aos

⁵⁹⁶ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem**: nas locações de imóveis urbanos. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 38.

⁵⁹⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 108-109.

⁵⁹⁸ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 34.

⁵⁹⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 171-172.

anseios das partes, podendo, inclusive, ocasionar um rompimento na relação dos oponentes. Ademais, cada indivíduo “guarda consigo a solução desejada, mas poucas vezes expressa esse sentimento; uma decisão que não contemple, pelo menos, parte de sua expectativa será intimamente rejeitada”. Assim, uma Negociação bem conduzida poderá solucionar natural e satisfatoriamente um Conflito, sem, necessariamente, causar a ruptura do relacionamento e gerar a efetiva e duradoura paz entre os sujeitos.

Do ponto de vista psicológico, Fiorelli *et al*⁶⁰⁰ explicam que existem alguns aspectos da psique humana que podem dificultar uma Negociação. Nesse sentido, observam que é comum as pessoas sentirem-se intimidadas quando o Conflito se estabelece contra outra de maior poder (físico, econômico, emocional); “com essa atitude, acentuam ainda mais o poder daquela, proporcionando, ao adversário, facilidade óbvia para exercê-lo a seu favor. Isso estabelece um círculo vicioso que aumenta a diferença”.

Como concluiu Warat⁶⁰¹, “um problema desaparece, se nós o aceitamos, mas torna-se cada vez mais insustentável, se nós criamos condições para multiplicá-lo, criamos condições para ampliá-lo [...] se nós temos um problema, não criemos outro dentro dele”. Portanto, a Negociação entre as partes parece ser uma boa alternativa à minimização ou eliminação dos dissensos.

3.1.3 A Conciliação

A exemplo do que já se falou anteriormente, no presente estudo serão abordadas as vias de resolução de Conflitos, as quais podem ou não estar inseridas no sistema judiciário.

Dos estudos de Calmon⁶⁰², depreende-se que a Conciliação pode ser classificada conforme o momento em que é realizada. Segundo uma constante

⁶⁰⁰ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 392.

⁶⁰¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 23.

⁶⁰² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 135.

cronológica, pode-se afirmar que a Conciliação é passível de ocorrer antes da propositura de uma ação (pré-processual) ou durante o andamento do processo (processual). E, de um ponto de vista topológico, a Conciliação distingui-se em extraprocessual (fora dos autos) ou endoprocessual (dentro dos autos).

Giglio⁶⁰³ vai mais além e pontua que a Conciliação, sob o ponto de vista do processo, pode ser assim classificada: “quanto à oportunidade, em prévia ou processual; quanto à iniciativa, em espontânea ou provocada; quanto à obrigatoriedade, em obrigatória ou facultativa [regulamentada ou não]; e quanto ao momento de sua formação, em inicial ou final”.

Gouveia⁶⁰⁴ explica que, normalmente, a definição para os Meios Alternativos de resolução de disputas aponta para um conjunto de procedimentos dissociados dos meios judiciais; no entanto, de sua perspectiva, entende que este seria um conceito vago e insuficiente para enquadrar a Conciliação judicial como método alternativo, posto que, como dito, ela poderá ocorrer informalmente (extraprocessual⁶⁰⁵) ou durante o curso processual (endoprocessual⁶⁰⁶).

É sabido que a tentativa de composição pela Conciliação judicial é normalmente conduzida por um juiz, ou conciliador, no âmbito de um Processo Judicial. Entretanto, evidente que, ainda que a Conciliação ocorra em ambiente judicial, esta medida de pacificação em muitos casos poderá excluir ou abreviar todo o tramitar do tradicional Processo Judicial, resolvendo o litígio de maneira mais célere e menos dispendiosa para as partes.

⁶⁰³ GIGLIO, Wagner. **A conciliação nos dissídios individuais de trabalho**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 110.

⁶⁰⁴ GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15.

⁶⁰⁵ Trindade *et al* explicam que a Conciliação extraprocessual “ocorre nas hipóteses dos conflitos ainda não jurisdicionalizados. Conforme o Conselho Nacional de Justiça, esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos”, TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da Magistratura**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 82.

⁶⁰⁶ Trindade *et al* explicam que a Conciliação endoprocessual “ocorre quando já foi instaurada a lide, ou seja, é uma modalidade de procedimento inerente à jurisdição”.

Nesse sentido, Trindade *et al*⁶⁰⁷ corroboram dizendo que a lógica que rege a Conciliação é a realização de acordos, “podendo ser no âmbito extraprocessual ou endoprocessual, diminuindo substancialmente o tempo de duração da lide [...], as altas despesas com os litígios judiciais, a redução da animosidade, característica da ‘derrota judicial’.”

Carnelutti⁶⁰⁸ também propõe que “em busca do benefício que a autocomposição da lide procura, evitando a perda de tempo e de dinheiro exigidos pela solução processual, é favorecida pela lei a atividade orientada para obtê-la e que tem o nome de conciliação”. Esta atividade – a Conciliação – pode ser “privada” e “livre”, ou “pública” e “disciplinada pela lei”, nesta última forma, a Conciliação se distingue por ser exercida durante o decurso do processo.

Portanto, aderindo aos preceitos supra, faz sentido estudar a Conciliação judicial ao lado dos outros Meios Alternativos de resolução de litígios, “primeiro porque se trata de uma resposta alternativa ainda que em ambiente judicial e, segundo, porque em mais nenhum lado se estuda e o seu exame é importante em termos de oferta de Justiça”⁶⁰⁹.

A partir dessa construção teórica parece ser possível conceber a Conciliação como uma medida alternativa de Pacificação Social e distinta da Sentença judicial, independentemente de sua forma (judicial ou extrajudicial).

Faz-se um parêntese, aqui, para anotar que desde que obtido o acordo informal, é passível a lavratura de um instrumento particular de composição de Conflitos que pode se constituir, quando for o caso, de um título executivo extrajudicial (art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil).

Silveira⁶¹⁰ anota que a Conciliação diferencia-se da Negociação “tão

⁶⁰⁷ TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da Magistratura**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 81.

⁶⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 160-161.

⁶⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 160-161.

⁶¹⁰ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 34-35.

somente pela presença de um terceiro, que aparece na relação conflituosa, como um facilitador do acordo [...] o conciliador vai operar com a finalidade de aproximar os interesses entre os litigantes, mas não terá autonomia para decidir.”

Moraes e Spengler⁶¹¹ deflagram que “na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe”. Nesta modalidade de autocomposição, o conciliador sugere, interfere, aconselha; já na Mediação “o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo”. Portanto, a Conciliação nada mais é do que uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo por intermédio de um terceiro que intervém entre as partes, demonstrando as suas ponderações de maneira oficiosa.⁶¹²

Trindade *et al*⁶¹³ acreditam que a busca da superação dos Conflitos pela Conciliação torna as partes “responsáveis pelos compromissos que venham assumir e resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento”. Mangini e Fiorelli⁶¹⁴ alertam, entretanto, que a figura do conciliador precisa neutralizar alguns pontos para que outros fenômenos psicológicos não se tornem proeminentes, dentre os quais, sinalizam para a luta pelo poder; a ocultação involuntária (ou não) dos erros, por sentimentos de culpa ou inferioridade; a dificuldade de comunicar sentimentos por motivos emocionais; o aumento da intensidade das emoções negativas (raiva, desprezo, inveja) quando estas não forem substituídas, rapidamente, por outras positivas.

Relevante anotar, sob outra premissa que, no Brasil, em ambiente cível, a Conciliação, dentre os Meios Alternativos, é o teoricamente mais utilizado pela Justiça Pública⁶¹⁵. A atual lei adjetiva civil estabelece ser competência do juiz tentar,

⁶¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-204.

⁶¹² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 203-204.

⁶¹³ TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da Magistratura**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 81.

⁶¹⁴ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 393.

⁶¹⁵ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 34-35.

a qualquer tempo, conciliar as partes (art. 125, inciso IV, e art. 449, ambos do Código de Processo Civil⁶¹⁶); também, a audiência de Conciliação é obrigatória sob pena de nulidade do processo (art. 277 do Código de Processo Civil). Os artigos 331⁶¹⁷, 447⁶¹⁸, 448⁶¹⁹ e 449⁶²⁰ do mesmo diploma legal fixam pontos importantes a respeito da Conciliação.

Nos Juizados Especiais, criados a partir da edição da Lei n. 9.099/95, com esteio no artigo 98⁶²¹ da Constituição Federal, a Conciliação é prática indispensável, mormente porque representa uma das finalidades deste microsistema (art. 1º, Lei n. 9.099/95). Ou seja, enquanto que para o novo Código de Processo Civil a Conciliação é apenas um “momento processual”, para o microsistema dos Juizados Especiais, ela é um critério norteador.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça⁶²² tem introduzido diversas iniciativas que priorizam a Conciliação. Dentre os programas desenvolvidos pelo órgão está a “Semana Nacional e Estadual da Conciliação”, que congrega o evento intitulado “Mutirão Pré-processual”, uma tentativa de resolver Conflitos “que ainda

⁶¹⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

⁶¹⁷ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

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

⁶¹⁸ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

⁶¹⁹ Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

⁶²⁰ Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

⁶²¹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁶²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2014/SNC_global_final.pdf. Acesso em: 15 dez. 2014.

nem chegaram a se transformar em ações judiciais”, como disse Northfleet⁶²³, em 2006, quando da criação destes programas. O intuito é “disseminar em todo o País a cultura da paz e do diálogo, desestimular condutas que tendem a gerar conflitos e proporcionar às partes uma experiência exitosa de conciliação”.

Outra iniciativa de destaque do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da Conciliação, é o “Prêmio Conciliar é Legal”. Esta modalidade objetiva “identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e conseqüentemente o aprimoramento da Justiça”.⁶²⁴

No ano em que se desenvolve o presente estudo (2015), o Prêmio em questão teve como vencedora uma servidora do Poder Judiciário de Santa Catarina, que desenvolveu um trabalho de instalação do primeiro Centro de Mediação e Conciliação do Estado, no Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jaraguá do Sul. Depois, na Comarca de Joinville, em parceria com o Juiz Luiz Eduardo Freyesleben, do 3º Juizado Especial Cível da SOCIESC (Sociedade Educacional de Santa Catarina), a servidora promoveu a instalação de mais um Centro de Mediação e Conciliação.

A propósito do Prêmio, o Juiz Edenildo da Silva, titular da 2ª Vara de Direito Bancário da comarca de Joinville, destacou que a ganhadora “sempre procurou, com meu apoio, buscar a distribuição da justiça por intermédio da conciliação e mediação que é, sabemos, o melhor caminho para a paz social, objetivo maior do Judiciário”⁶²⁵.

Sob perspectiva micro, observa-se que, no Estado de Santa Catarina, medidas vêm sendo adotadas pelo Tribunal de Justiça do Estado com o fito de alavancar a Conciliação. No ano de 2005 foi instalado o Núcleo de Conciliação no

⁶²³ NORTHFLEET, Ellen Gracie. O Judiciário como vetor de transformação social. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 240, 15 de janeiro de 2007. p. 17.

⁶²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/campanhas>. Acesso em: 26 nov. 2014.

⁶²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Prêmio Conciliar é Legal vai para servidora da Justiça catarinense**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/servidora-da-comarca-de-joinville-conquista-reconhecimento-nacional-no-cnj>. Acesso em: 10 jun. 2015.

âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, para promover práticas conciliatórias, inicialmente, em primeiro grau de Jurisdição; entretanto, com a Resolução n. 11/05-TJ⁶²⁶ os processos em segundo grau também passaram a ser submetidos à Conciliação, art. 4º da referida resolução.⁶²⁷

Por iniciativa do Conselho Gestor do Sistema de Juizados Especiais e de Programas Alternativos de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (CGSJEPASC), mediante a Resolução n. 3/2012 do CGSJEPASC, o programa “Acadêmico Conciliador” foi desenvolvido com o escopo de recrutar acadêmicos do curso de Direito nas faculdades existentes no Estado, a fim de que estes alunos passassem a prestar voluntariamente serviços como conciliadores nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Fóruns Municipais/Casas da Cidadania, Unidades Judiciais Avançadas (UJA) e Postos de Atendimento e Conciliação (PAC), contribuindo, assim, para a disseminação de uma cultura de Conciliação na formação profissional dos futuros operadores do Direito.

No ano de 2004, por meio da Resolução n. 10/04-GP⁶²⁸, foi instituída a Comissão Permanente destinada à organização de Mutirões da Conciliação e da Cidadania no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com a missão de difundir a concepção de que a Conciliação é a Justiça em sua essência.

Neste ponto, vale mencionar brevemente e de forma antecipada – porque a questão merecerá maior ênfase em título específico – que o novo Código de Processo Civil também propõe um maior protagonismo da Conciliação para a dissolução dos litígios, tanto que o conciliador judicial passará a compor a figura de auxiliar da Justiça – a exemplo do que ocorre no âmbito da Lei n. 9099/95, art. 7º –, ganhando Seção especial para estimular a autocomposição.

⁶²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução 11, de 7 de dezembro de 2005**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/tj/programas-alternativos-de-solucao-de-conflitos/nucleo-de-conciliacao-2-grau>. Acesso em: 27 nov. 2014.

⁶²⁷ Art. 4º. Poderão ser submetidos ao procedimento de conciliação, no segundo grau de jurisdição, os processos relativos a recursos de apelação, embargos infringentes, recursos ordinários, extraordinários, e especiais, selecionados a critério dos Desembargadores Relatores e respectivos 2º e 3º Vice-Presidentes ou quando houver requisição da parte.

⁶²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução 10, de 27 de abril de 2004**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/mutirao/legislacao/resolucao200410.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

Silva⁶²⁹ percebe na Conciliação a modalidade potencialmente mais pacífica na resolução de Conflitos. Entende que a base da Conciliação é a simplicidade e acredita que ela também se fundamenta no tratamento humanístico dado às pessoas, de forma que cada parte é tratada como um ser único e que deve esclarecer as suas dificuldades.

Diante do exposto, pode-se cogitar a Conciliação como um mecanismo eficiente na promoção da paz social, em especial pelo caráter apaziguador da figura do conciliador, que a todo o momento tentará dissolver o litígio, demonstrando às partes as vantagens na promoção de um acordo; e, neste caso, o pacto será firmado tão somente com o beneplácito e em conformidade com as aspirações dos envolvidos no Conflito. Com este escopo, Moraes⁶³⁰ enaltece a importância da “jurisdição da paz” como uma prestação jurisdicional que privilegia o diálogo, culminando numa “humanização da justiça”.

Como disse Descartes⁶³¹, “a diversidade de nossas opiniões não decorrem de uns serem mais razoáveis que outros, mas somente de que conduzimos nossos pensamentos por diversas vias, e não consideramos as mesmas coisas.”

3.1.4 A Mediação

Parece certo afirmar que, assim como os demais mecanismos tratados anteriormente, em algum momento da vida, todas as pessoas já intervieram, com neutralidade, em uma discussão entre duas pessoas.⁶³²

Martín e Julios-Campuzano⁶³³ confirmam esta assertiva ao observarem

⁶²⁹ SILVA, Antônio Hélio. **Arbitragem, Mediação e Conciliação**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36.

⁶³⁰ MORAES, Monica Rodrigues Campos. **A jurisdição da paz: a nova justiça humanizada do século XXI**. São Paulo: LTr, 2012. p. 70.

⁶³¹ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1999. p. 5.

⁶³² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação**. 3.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 55.

⁶³³ “provoca nas partes em conflito a necessidade de tratar de encontrar soluções alternativas à resolução dos conflitos” (Tradução livre do autor da Tese). MARTÍN, Nuria Belloso; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **¿Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho?** Pluralismo jurídico,

que nas culturas orientais, ainda que de forma intuitiva, a Mediação já era utilizada; e registram que ela é tão antiga quanto a própria Sociedade, pois pode ser encontrada em trechos da Bíblia, Corão e mesmo em relatos de antigas culturas tribais.

O parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 13.140/15⁶³⁴ (Lei de Mediação, de 10 de junho de 2015) estabelece, de maneira bastante simples, que a Mediação é considerada como aquela “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A propósito da citada Lei, Salomão⁶³⁵ revelou que “esta será a primeira do nosso país e, em seu bojo, estará firmada a Mediação pré-processual e posterior ao ingresso em juízo. Esta lei, sim, tem um potencial grande para diminuir o número de causas que ingressam no Judiciário”, e lembrou que “no Brasil, ainda não existe um mercado privado da mediação, como ocorre em vários países”.

Por se tratar de uma forma autocompositiva – extra ou endoprocessual – para solucionar Conflitos, a Lei de Mediação também estabeleceu um rol de princípios norteadores, os quais se detacam: a imparcialidade do mediador; a isonomia entre as partes; a oralidade; a informalidade; a autonomia da vontade das partes; a busca do consenso; a confidencialidade; a boa-fé.

Marodin e Breitman⁶³⁶ ponderam que “a mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito Positivo”. Na verdade, Serpa⁶³⁷ acredita que a Mediação “é mais do que essa conformidade, porque seu objetivo não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes”.

ciudadanía y Resolución de Conflictos. Dykison, 2008. p. 271-272.

⁶³⁴ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 1 jul. 2015.

⁶³⁵ DAMASCENO, Tatiana. Alternativas extrajudiciais. **AMB Informa**, n. 162, nov. 2014. p. 15.

⁶³⁶ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 46.

⁶³⁷ SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 146.

Por sua vez, Besso⁶³⁸ descreve a Mediação como sendo um procedimento no qual um terceiro facilita a comunicação e a Negociação entre as partes em Conflito para ajudá-las a chegarem voluntariamente a um acordo, agindo o mediador com estrita neutralidade.

Ainda que a Lei estabeleça a necessária imparcialidade do mediador, nas doutrinas especializadas já restou plasmado que dentre as principais características do mediador estão a imparcialidade e também a neutralidade, porquanto esta última qualidade diz respeito à propriedade que, conforme Bianchi⁶³⁹, “designa a atitude política de quem, diante de um Conflito em andamento, adota uma atitude de não-participação e de equidistância com relação às partes em luta”.

Diante disto, é possível estabelecer as distinções existentes entre esta técnica não adversarial e as demais já estudadas. Genericamente, tem-se que, na Negociação, as partes tendem a ceder parte de suas proposições a fim de encerrar a contenda sem necessariamente haver a interferência de um terceiro; na Conciliação, o terceiro que intervém no Conflito, apontando despretensiosamente a sua posição, de forma a conciliar as partes. Já na Mediação, os próprios mediados é que apresentam os seus posicionamentos e o mediador “investiga os interesses, procura valores objetivos e estimula os mediados a criarem múltiplas opções.”⁶⁴⁰

Sendo assim, possível construir o entendimento no sentido de dizer que o mediador, diferentemente do conciliador, deve assumir uma postura de distanciamento, no sentido de não sugerir o acordo, mas convidar as partes a refletirem acerca das possibilidades de um ajuste que contemple a garantia do interesse de ambas as partes.

Neste ponto, merecem destaque as inferências de Moore⁶⁴¹ acerca das

⁶³⁸ BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.6, n.4, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 25 set. 2014. p. 33

⁶³⁹ BIANCHI, Giorgio. Neutralismo. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. p. 824. Título original: *Dizionario di política*.

⁶⁴⁰ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79.

⁶⁴¹ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed.

facetas de que o mediador pode se revestir. Em seu estudo acerca do tema, o mencionado autor destacou as seguintes características: a) facilitador da comunicação⁶⁴²; b) legitimador⁶⁴³; c) facilitador do processo⁶⁴⁴; d) treinador⁶⁴⁵; e) ampliador de recursos⁶⁴⁶; f) explorador do problema⁶⁴⁷; g) agente de realidade⁶⁴⁸; h) bode expiatório⁶⁴⁹; i) líder.⁶⁵⁰

Moore⁶⁵¹ aponta que “além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos”.

Sob estes aspectos, pode-se inferir acerca da carga psicológica que reveste o processo da Mediação. Nesse sentido, Mangini e Fiorelli⁶⁵² advertem que a Mediação trabalha com as emoções, promovendo: o deslocamento de emoções negativas para positivas; a facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os reais interesses dos participantes; a concentração nas emoções positivas; o desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com

Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

⁶⁴² O facilitador da comunicação, que inicia ou facilita a melhor comunicação quando as partes já estiverem conversando.

⁶⁴³ O legitimador, que ajuda todas as partes a reconhecerem os direitos das outras de estarem envolvidas nas negociações.

⁶⁴⁴ O facilitador do processo, que propõe um procedimento e, em geral, preside formalmente a sessão de Negociação.

⁶⁴⁵ O treinador, que instrui os negociadores iniciantes, inexperientes ou desesperados no processo de barganha.

⁶⁴⁶ O ampliador de recursos, que proporciona a assistência às partes e as vincula a especialistas e a recursos externos (por exemplo, advogados, especialistas técnicos, pessoas responsáveis pela tomada de decisões ou bens adicionais á Negociação) que podem capacitá-los a aumentar as opções aceitáveis de acordo.

⁶⁴⁷ O explorador do problema, que permite que as pessoas em disputa examinem o problema a partir de várias perspectivas, ajuda nas definições das questões e dos interesses básicos e procura opções mutuamente satisfatórias.

⁶⁴⁸ O agente de realidade, que ajuda a elaboração de um acordo razoável e viável e que questiona e desafia as partes que têm objetivos radicais e não-realistas.

⁶⁴⁹ O bode expiatório, que pode assumir certa responsabilidade ou culpa por uma decisão impopular que as partes, apesar de tudo, estejam dispostas a aceitar. Isto lhes permite manterem sua integridade e, quando for o caso, obterem o apoio de seus constituintes.

⁶⁵⁰ O líder, que toma a iniciativa de prosseguir as negociações através de sugestões processuais ou fundamentais.

⁶⁵¹ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 28.

⁶⁵² MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 393.

essas emoções. Focaliza-se o bom e trabalha-se para construí-lo.

Warat⁶⁵³ propõe uma terapia de alteridade (denominada: TRM – terapia do reencontro mediado ou TAM – terapia do amor mediado) que tem como objetivo proporcionar o bem-estar do indivíduo. Explica que a Mediação, no sentido de uma TRM ou de uma TAM, pode “ajudar as pessoas a compreenderem seus conflitos com maior serenidade, retirando deles a carga de energia negativa que impede a sua administração” e sugere que os mediadores auxiliem as partes a “desenvolverem o seu potencial de boa convivência com seus conflitos internos, para que possam redimensionar e mesmo evitar os conflitos interpessoais, passíveis do estrito de mediação”.

Segundo Mangini e Fiorelli⁶⁵⁴, o resultado da Mediação será o apaziguamento, “o que não significa *reconciliação* ou *reatamento de relações interpessoais*”, pois “a permanência de uma inimidade não implica na continuidade de um conflito, desde que exista cooperação para superá-lo em *benefício das partes*”.

Ainda do ponto de vista psicológico, os supracitados ponderam as principais distinções entre esta técnica não adversarial e as demais:

- A figura deixa de ser, necessariamente, a queixa; pode-se deslocar-se para outros interesses dos mediandos, conhecidos ou que venham a ser identificados;
- O *relacionamento interpessoal* ganha importância, às vezes, até maior do que as questões monetárias;
- Os *mediandos* exercitam suas características de personalidade de independência e autocontrole, eventualmente ignoradas por eles mesmos;
- A Mediação, por meio da neutralização do poder de uma sobre a outra, estabelece o equilíbrio entre as partes;
- Ao final de uma sessão bem sucedida, os mediandos experimentam uma sensação de extraordinária paz interior.

Assim, por seu caráter eminentemente apaziguador de Conflitos e por conta das peculiaridades presentes nesta modalidade pacificadora, a Mediação

⁶⁵³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 39.

⁶⁵⁴ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 393. [grifo dos autores]

parece possuir uma formatação mais adequada não exatamente para dirimir todos os tipos de contrassendos, mas para declinar algumas questões bastante específicas como, por exemplo, os Conflitos familiares. Como disseram Marodin e Breitman⁶⁵⁵, a Mediação é um saber “que pode ser implementado nas mais diversas instâncias. Estou pensando nas possibilidades de mediação, não psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais ou comunitários em seus variados tipos”.

Prosseguem os referidos autores⁶⁵⁶ destacando que os Estados Unidos e o Canadá conheceram há alguns anos o “maremoto dos divórcios” que acabou se tornando um “bom negócio” para múltiplos escritórios de advocacia. Entretanto, em pouco tempo os estragos psíquicos causados aos divorciandos pelo desgaste emocional das separações em juízo passaram a se manifestar e a busca por soluções menos indigestas aos casamentos malogrados tornou-se necessária. Segundo sustentam, a Mediação foi a aposta dos juristas americanos para estancar o quadro cansativo dos divórcios, de forma que “os filhos do divórcio se ressentissem menos possível”, contendo a agressividade mútua dos pais e tornando-os, na medida do possível, amigos para o bem de seus filhos.

Com base nesses parâmetros, no Estado de Santa Catarina o Tribunal de Justiça tem capitaneado o Serviço de Mediação Familiar, que tem como objetivo “o atendimento de conflitos familiares relacionados à separação, ao divórcio, à guarda de filhos, à regulamentação de visitas e outros, de uma forma mais acessível e menos traumática”.⁶⁵⁷

Ainda, acerca da figura da Mediação, bastante oportunas são as considerações de Casanovas⁶⁵⁸ ao dizer que esta via de pacificação nem sempre estará regulada por uma instituição jurídica e nem sempre os seus efeitos serão

⁶⁵⁵ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana, 2001. p. 46.

⁶⁵⁶ SIX, Jean-françois. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 54. Título original: *Dynamique de la médiation*.

⁶⁵⁷ Informações vertidas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/mediacaofamiliar/mediacao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014.

⁶⁵⁸ CASANOVAS, Pompeu. El diálogo como fuente de derecho. *In: Materiales del libro blanco de la mediación en Cataluña*. v.2. Catalunya: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011. p. 433.

experimentados pelas partes como obrigatórios, mas vinculantes, posto que, estabelecer um diálogo, conversar, raciocinar não significa ser condenado a um acordo ou pacto, significa adotar uma atitude de compreensão, de boa-fé para ouvir atentamente o que o oponente tem a dizer. Significa adentrar, pois, em uma racionalidade estratégica (não paramétrica), em que todas as partes são parte de um contexto dinâmico mutuamente criado entre elas.

3.1.5 A Arbitragem

Conforme Fluja⁶⁵⁹, o Processo Judicial é um instrumento heterocompositivo de solução de Conflitos, cuja principal característica é que se insere em um terreno de Direito público e é um mecanismo proporcionado, estabelecido e regulado pelo Estado. Assim, frente ao Processo Judicial, a Arbitragem se constituiu como uma via privada de pacificação de Conflitos resistidos.

Cretella Neto⁶⁶⁰ disciplina que no ordenamento jurídico pátrio há dois meios heterocompositivos de solução de litígios: “o *estatal* [...] aplicável a quaisquer conflitos de interesse intersubjetivos, judicialmente resistidos” e o *particular*, isto é, “a arbitragem, limitada, aplicável a conflitos relativos a determinados tipos de direitos; [...] a cargo de particulares, que nem mesmo precisam ser formados em Direito, podendo ou não pertencer a quadros de alguma instituição de caráter privado”.

Moore⁶⁶¹ conceitua a Arbitragem como sendo “um termo genérico para um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões contestadas”. Pontua que “a arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fator crítico é que elas sejam externas ao relacionamento em conflito”. Para Piske⁶⁶², “as dificuldades ficam por conta da

⁶⁵⁹ FLUJA, Vicente G. Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: tramite de audiencia, reconvención, mediación y acumulación de procedimientos. *In*: PILLADO, Esther G. (Coord). **Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje**. Madrid: Tecnos, 2010. p. 230.

⁶⁶⁰ CRETILLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2009. p. 22.

⁶⁶¹ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 23. Título original: *The mediation process*.

⁶⁶² PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil->

possibilidade de criarem-se Tribunais Arbitrais sem a necessária isenção e respeitabilidade e o hábito arraigado do brasileiro em recorrer ao Judiciário”.

Esta via de pacificação figura na Sociedade desde o Império Romano, tendo sido amplamente utilizada na Europa. Entretanto, ainda que o Brasil tenha sido signatário da Convenção de Nova, de 1958 (que tratou do reconhecimento e da execução de Sentenças arbitrais estrangeiras), apenas no ano de 1996, com a regulamentação da Lei n. 9.307, é que a Arbitragem ganhou destaque no País e, segundo Rosas⁶⁶³, “certamente a arbitragem veio para ficar”.

Piske⁶⁶⁴ acredita que a implantação da Lei de Arbitragem em solo brasileiro trouxe um sensível benefício à população, na medida em que colocou à disposição da Sociedade um meio ágil de resolver os litígios, por meio de árbitros, selecionados pelas partes, normalmente possuidores de conhecimento técnico da matéria debatida. Considera que este sistema pacificador possui os seus pontos-fortes nos seguintes fatores: “a) rapidez e informalidade no julgamento; b) possibilidade de contar com árbitros especializados em matérias pouco conhecidas; c) garantia de imparcialidade, uma vez que cada parte indica um árbitro e estes é que indicam um terceiro”.

Em que pese todas as possíveis vantagens produzidas pelo advento da Lei da Arbitragem – conveniências estas largamente defendidas por parte da doutrina especializada –, no início de sua sedimentação a norma passou a ser alvo de críticas acerca de sua constitucionalidade, ao argumento de ter surgido como forma de frisar a demora e o despreparo do Estado no julgamento de determinados Conflitos, bem como de eximir o ente estadual de se manifestar acerca dos julgamentos proferidos pelo árbitro.

Entretanto, a este respeito Carmona⁶⁶⁵, coautor do anteprojeto da Lei da

juiza-oriana-piske. Acesso em: 26 set. 2014.

⁶⁶³ ROSAS, Roberto. Arbitragem: meio de solução de conflitos, consagração. In: **Revista da academia de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Academia. v.36, n.36-37, 2011. p. 101-106.

⁶⁶⁴ PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁶⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Segurança Jurídica e o papel institucional do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/carlos-alberto-carmona-seguranca-juridica-papel-institucional->

Arbitragem, acredita e defende que “a arbitragem não progride à sombra de eventuais dificuldades do Poder Judiciário”. Na verdade, “o que o empresariado brasileiro compreendeu é que a arbitragem é a fórmula mais adequada para resolver seus Conflitos a tempo, modo e hora, coisa que nem sempre juízes podem fazer” e isso se deve ao fato de que, em muitas comarcas, os magistrados são obrigados a administrar milhares de processos, com uma miríade de questões diversas, enquanto que um árbitro “só se envolve em causas de sua especialidade e só aceita o encargo se estiver confortável quanto à matéria sobre a qual deve decidir”. Neste sentido, “é natural, pois, que a sentença do árbitro (especialista que lida com uma única causa) possa ser melhor que a sentença do juiz (generalista por dever de ofício, obrigado a administrar, com poucos meios, milhares de causas)”.

Selma Ferreira Lemes⁶⁶⁶, professora do *GVLaw* da Fundação Getúlio Vargas e representante brasileira na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC), entende a Arbitragem como um método pacificador eficiente, afirmando que “é possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio. Evidentemente, há procedimentos muito complexos que podem levar mais tempo. Isso ocorre tanto no Brasil quanto no exterior”.

Segundo a ex-presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), Adriana Braghetta⁶⁶⁷, este método de resolução apropriada está disponível tanto para as empresas quanto para os cidadãos em geral.⁶⁶⁸ No País, desde sua regulamentação, a Arbitragem vem sendo utilizada com maior intensidade na área empresarial.

Neste passo, Carmona⁶⁶⁹, ao tratar da segurança jurídica dos contratos com previsão de Arbitragem, discorreu que “a arbitragem é hoje entendida pelo

stj. Acesso em: 25 ago. 2014.

⁶⁶⁶ Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013, ano 1, n.1. p. 3-33.

⁶⁶⁷ Adriana Braghetta foi presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, no período de 2011-2013. Atualmente, preside o Comitê o Advogado Lauro Gama Júnior.

⁶⁶⁸ Arbitragem ganha cada vez mais legitimidade com jurisprudências e legislações favoráveis. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1. p. 3-33.

⁶⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Segurança Jurídica e o papel institucional do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/carlos-alberto-carmona-seguranca-juridica-papel-institucional-stj>. Acesso em: 25 ago. 2014.

empresariado do País como o meio mais adequado para a solução de controvérsias de médio ou de grande porte, de caráter civil, comercial ou societário”. Entende que na atualidade “não se concebe mais celebrar um acordo de acionistas sem a inserção de uma cláusula compromissória”.

É inegável que a legislação e a jurisprudência brasileira têm convergido de forma favorável à Arbitragem. Como exemplos de destaque têm-se: a Lei n. 9.611⁶⁷⁰, de 1998; a Lei n. 9.665⁶⁷¹, de 1998; a Lei n. 10.101⁶⁷², de 2000; a Lei n. 11.079⁶⁷³ de 2004 e a Lei Complementar n. 123⁶⁷⁴, de 2006. Em 2007, a Sentença estrangeira Contestada n. 349, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, ficou nacionalmente conhecida pela homologação do pedido da Sentença arbitral estrangeira, em que figuravam como partes uma empresa brasileira e outra japonesa.

No ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 485, a qual estabelece que “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”. Carmona⁶⁷⁵ defende ser “fundamental e decisiva a participação do Superior Tribunal de Justiça nesta nova era do Brasil, em que a arbitragem passa a ser uma constante nos contratos”, neste sentido entende que “proteger a escolha das partes por esse meio adequado de solução de conflitos significa criar uma cultura de previsibilidade”. Para ele, “a ideia de que a convenção de arbitragem deve ser respeitada, favorecida pela corte,

⁶⁷⁰ Art. 23. É facultado ao proprietário da mercadoria e ao Operador de Transporte Multimodal dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem.

⁶⁷¹ Art. 2º. Nos contratos abrangidos por esta Lei deverá constar cláusula disciplinando solução de controvérsia entre as partes, sendo aceitável, para tal finalidade, a indicação do foro brasileiro ou de arbitragem internacional.

⁶⁷² Art. 4º. Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio [...] II - arbitragem de ofertas finais [...].

⁶⁷³ Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁶⁷⁴ Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

⁶⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Segurança Jurídica e o papel institucional do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/carlos-alberto-carmona-seguranca-juridica-papel-institucional-stj>. Acesso em: 25 ago. 2014.

coloca o Brasil na rota da modernidade e, muito mais do que isso, mostra aos cidadãos e aos estrangeiros que este é um país sério”.

Em seus estudos, Lemes⁶⁷⁶ divulgou que, na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), local em que são processadas arbitragens em âmbito global, “as estatísticas de 2013 alçam o Brasil ao quarto lugar mundial em números de arbitragens. São Paulo integra a lista mundial *top ten* como local eleito para sediar arbitragens”. E conforme os dados da Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC⁶⁷⁷, atualmente, o Brasil detém a liderança na utilização da Arbitragem entre os Países da América Latina e está três vezes à frente do México, que é o segundo colocado.

No Direito estrangeiro, leciona Rezek⁶⁷⁸, “a arbitragem é uma via jurisdicional, porém não judiciária, de solução pacífica de litígios internacionais. Às partes incumbe a escolha do árbitro, a descrição da matéria conflituosa, a delimitação do direito aplicável.” A Sentença arbitral deve ser cumprida de boa-fé, e sua desobediência “configura ato internacionalmente ilícito”. A mais atuante Arbitragem mundial é feita pela Corte Permanente de Arbitragem, das Nações Unidas, em Haia. Embora nomeada como Corte, consiste em “uma lista permanente de pessoas qualificadas para funcionar como árbitros, quando escolhidas pelos Estados litigantes”. Da Arbitragem, resulta uma Sentença irrecorrível, mas “é sempre possível que uma das partes ou ambas dirijam-se de novo ao árbitro pedindo-lhe que aclare alguma ambigüidade, omissão ou contradição [...]. Isto, no plano internacional, tem recebido o nome de ‘pedido de interpretação’”. Exemplifica o autor que “o Brasil cumpriu de boa fé a Sentença arbitral de Vítor Emanuel III, rei da Itália, proferida em 1904 sobre o litígio pertinente à fronteira da Guiana, que nos opusera à Grã-Bretanha” e no início do século XX, “época de grande prestígio dos tratados do gênero”, o País celebrou “tratados gerais de arbitragem [...] com algumas dezenas de nações: quase todas as do continente americano e ainda a China, a Grã-

⁶⁷⁶ LEMES, Selma Ferreira. **Os 18 anos da Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/18%20anos%20da%20LA%20-%20Artigo%20Valor%20-%20102014.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

⁶⁷⁷ Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1. p. 3-33.

⁶⁷⁸ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349-353.

Bretanha, Portugal, e os reinos escandinavos”.

Como se verifica, a Arbitragem aparenta constituir-se de um sistema altamente eficaz para a pacificação, notadamente para ceifar os Conflitos que congregam certo grau de especialidade, em questões relacionadas à atividade empresarial em que atuam como partes as grandes empresas transnacionais.

3.2 NOVOS RUMOS À SUBSTITUTIVIDADE IMPERATIVA

3.2.1 Considerações iniciais

O Conflito parece estar intrínseco à vida em Sociedade. E, naturalmente, por intuição ou necessidade os indivíduos passaram a buscar a resolução de suas controvérsias utilizando-se de sistemas para que seus dissensos sejam pacificados ou dirimidos.

Nos textos que precedem o presente tópico, foram abordados alguns mecanismos de que a Sociedade dispõe para atingir a tão desejada pacificação dos Conflitos. Porém, conquanto seja bastante densa a relação das vias para a dissolução dos litígios, parece possível pensar, consoante todos os dados já angariados, que a tendência no sistema judiciário brasileiro, notadamente a partir da concretização do Estado Democrático de Direito, volta-se à pacificação dos Conflitos em âmbito judicial mediante a adjudicação de uma Sentença.

A convergência de todos os Conflitos ao Poder Judiciário fez brotar desordens estruturais neste Poder, levando os estudiosos a repensarem sobre a Jurisdição atual e passarem a buscar medidas que visam ao abrandamento da cultura do “demandismo” judicial para uma cultura de efetiva Pacificação Social por mecanismos que protagonizem a participação dos indivíduos envolvidos no Conflito.

Pinho⁶⁷⁹ acredita que com o passar do tempo “ocorra o amadurecimento da sociedade, no sentido de que passe a ter um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos, abandonando a atual postura de recorrer

⁶⁷⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

sempre e de forma automática ao Judiciário”. Para ele, é necessária “a formação de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.”

Watanabe⁶⁸⁰ comunga desta ideia, afirmando ser necessária uma nova postura mental; “deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela *perspectiva do consumidor*”. O autor completa dizendo que hoje “o direito vem sendo usado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem estar da coletividade”. Defende-se, no presente estudo, que esse bem-estar possa ser promovido pelo Estado por meio da estruturação de Meios Alternativos de solução de litígios judicializados.

Como advertiu Bedaque⁶⁸¹, “a principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos”. Para ele, a técnica processual não pode ser renegada; entretanto, “embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como um fim em si mesmo”. O autor afirma que não pretende firmar uma teoria que despreza os aspectos técnicos, mas propõe que estes aspectos sirvam de esteio para que o processo atinja o seu resultado; assim, “critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo”, prestigiando-se a instrumentalidade das formas.

Na Inglaterra, as vias consensuais têm sido um meio muito difundido, pelo qual os Conflitos são concluídos. A mentalidade do povo inglês, conforme afirma Andrews⁶⁸², absorve bem a ideia de que “sem este alto nível de realização de acordos, seria necessária significativa expansão de todo o Poder Judiciário e aumento de número de *ombudmen* e de árbitros [...] é política oficial que haja uma

⁶⁸⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

⁶⁸¹ BEDAQUE, José Roberto das Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 43.

⁶⁸² ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. p. 235.

cultura de acordo”.

No Brasil, ainda que de forma mais tímida, também já existem alguns indicativos desta convergência cultural. O já citado VIII Encontro Nacional do Judiciário, realizado em 10 e 11 de novembro de 2014, trouxe importantes contribuições para o fomento da desjudicialização do Conflito resistido e o consequente desafogamento do Judiciário, com a divulgação das metas da Justiça para 2015 e de suas novas diretrizes para o período 2015-2020. No encontro, o professor André Ramos Tavares⁶⁸³ ao tratar de fatos que levam à excessiva demanda judicial e morosidade de litígios, citando os “litigantes seriais”, opinou: “litigar de má-fé não pode ser interpretado como exercício regular de direito; tem que ser fortemente combatido.” O sistema judicial brasileiro precisa ser reprojetoado sobre novas bases, a fim de que “não retroalimente mais desigualdade e injustiça na sociedade, a partir da morosidade de que padece”, finalizou.

Nesse viés, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), João Ricardo dos Santos Costa, sugeriu que o Conselho Nacional de Justiça criasse um órgão central de estudos sobre as causas e efeitos da litigância de má-fé. “Da maneira com que atuamos hoje, estamos alimentando um sistema produtivo que conta com o Poder Judiciário e o usa de forma predatória, como se fosse um departamento de seus negócios”. Citou os 100 maiores litigantes que o Conselho Nacional de Justiça identificou e publicou em março de 2012 e arrematou: “os bancos contratam os advogados por peça contratual. Os advogados gostam, pois têm possibilidade de peticionar ao máximo para tirar melhor proveito do contrato.”⁶⁸⁴

Ao final do evento, o presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski⁶⁸⁵, declarou:

⁶⁸³ TAVARES, André Ramos. Disponível em: http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/ph-d-em-direito-prega-refundacao-do-sistema-judicial-do-pais-no-combate-a-morosidade?redirect_tjweb=http%3A%2F%2Fportal.tjsc.jus.br%2Fweb%2Fsala-de-imprensa%2Finicio%3Bjsessionid%3D945B17570D6CFDBFD88035A527576761%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dexclusive%26p_p_mode%3Dview%26controlPanelCategory%3Dportlet_101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp. Acesso em: 12 nov. 2014.

⁶⁸⁴ SANTOS, João Ricardo dos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30078-cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva>. Acesso em: 12 nov. 2014.

⁶⁸⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Justiça se compromete a priorizar conciliações em processos dos**

“aumentar os casos solucionados por conciliação será a missão que a Justiça Federal terá para o próximo ano, de acordo com a Meta 3.” Para o ministro, “é preciso enfatizar a busca pela via da conciliação para resolver essa explosão de litigiosidade, um fenômeno que acontece no Brasil e em todo o mundo.”

Abaixo, a listagem dos dez maiores setores litigantes identificados pelo Conselho Nacional de Justiça, contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por espécie de jurisdição:

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	Setor Público Federal	12,14%	Bancos	12,95%	Setor Público Federal	83,19%	Indústria	2,03%
2	Bancos	10,88%	Setor Público Municipal	9,25%	Bancos	9,60%	Setor Público Federal	1,84%
3	Setor Público Municipal	6,88%	Setor Público Estadual	4,85%	Conselhos Profissionais	2,76%	Bancos	1,78%
4	Setor Público Estadual	3,75%	Setor Público Federal	3,11%	Setor Público Estadual	0,56%	Serviços	1,44%
5	Telefonia	1,84%	Telefonia	2,38%	OAB	0,41%	Comércio	0,93%
6	Comércio	0,81%	Seguros / Previdência	0,93%	Setor Público Municipal	0,14%	Setor Público Estadual	0,86%
7	Seguros / Previdência	0,74%	Comércio	0,92%	Seguros / Previdência	0,06%	Associações	0,80%
8	Indústria	0,63%	Indústria	0,44%	Outros	0,06%	Telefonia	0,60%
9	Serviços	0,53%	Serviços	0,42%	Educação	0,04%	Setor Público Municipal	0,45%
10	Conselhos Profissionais	0,32%	Transporte	0,18%	Serviços	0,02%	Transportes	0,40%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121030-06.pdf. Acesso em: 14 set. 2015.

Tais dados corroboraram as pesquisas realizadas no ano de 2011 pela Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo (FGV), pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC), Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Na mesma pesquisa, o Conselho Nacional de Justiça divulgou a lista com os nomes dos 100 maiores litigantes do País. O ranking geral foi elaborado de acordo com a participação percentual em relação ao total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de outubro de 2011.

CEM MAIORES LITIGANTES Consolidado das três Justiças					
Ordem			Ordem		
1	INSS – Instituto Nacional do Seguro Social	4,38%	51	Município de Osasco	0,12%
2	B.V Financeira S/A	1,51%	52	BFB Leasing Arrendamento Mercantil S/A	0,12%
3	Município de Manaus	1,32%	53	Município de Mococa	0,11%
4	Fazenda Nacional	1,20%	54	Estado de Mato Grosso	0,11%
5	Estado do Rio Grande do Sul	1,17%	55	EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	0,10%
6	União	1,16%	56	BANRISUL – Banco do Estado do Rio Grande do Sul	0,10%
7	Municípios de Santa Catarina	1,13%	57	Banco ABN AMRO Real S/A	0,10%
8	Banco Bradesco S/A	0,99%	58	Santander Leasing S/A – Arrendamento Mercantil	0,10%
9	CEF – Caixa Econômica Federal	0,95%	59	Município de Porto Alegre	0,10%
10	Banco Itaucard S/A	0,85%	60	Governo do Estado do Paraná	0,10%
11	Banco Itaú S/A	0,82%	61	Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A	0,10%
12	Banco Santander Brasil S/A	0,80%	62	Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais	0,09%
13	Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A	0,78%	63	Município de Caldas Novas	0,09%
14	Fazenda Pública do Estado de São Paulo	0,77%	64	Município de Limeira	0,09%
15	Município de Goiânia	0,70%	65	OMNI S/A – Crédito Financiamento e Investimento	0,09%
16	Banco do Brasil S/A	0,70%	66	Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG	0,09%
17	Município de São Paulo	0,67%	67	Município de Osorio	0,09%
18	Estado de Minas Gerais	0,63%	68	Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora	0,08%
19	Estado de Pernambuco	0,51%	69	Município de São José dos Campos	0,08%
20	Município de Maua	0,42%	70	Banco Fiat S/A	0,08%
21	Município de Jaboatão dos Guararapes	0,40%	71	Município de Campinas	0,08%
22	Banco Panamericano S/A	0,40%	72	Município de Carapicuíba	0,08%
23	Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte/MG	0,37%	73	Banco Safra S/A	0,08%
24	Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT	0,35%	74	AMPLA – Energia e Serviços S/A	0,08%
25	Banco Itauleasing S/A	0,33%	75	Mappin Lojas de Departamentos S/A	0,08%
26	SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos	0,33%	76	Bradesco Seguros S/A	0,08%
27	Banco Finasa S/A	0,32%	77	Município de Suzano	0,07%
28	Banco HSBC – Banck Brasil S/A	0,29%	78	Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania de Fortaleza – AMC	0,07%

29	Município de São José do Rio Preto	0,27%	79	Receita Federal do Brasil	0,07%
30	Banco do Nordeste do Brasil S/A	0,25%	80	Município de Mogi das Cruzes	0,07%
31	Município de Estância balneário de Itanhaém	0,22%	81	Estado do Espírito Santo	0,07%
32	Banco Bradesco Financiamento	0,21%	82	Telemar S/A	0,07%
33	Oi	0,20%	83	Light – Serviços de Eletricidade S/A	0,06%
34	Estado de Santa Catarina	0,20%	84	Município da estância turística de Ribeirão Pires	0,06%
35	Estado da Bahia	0,19%	85	SERASA – Centralização de Serviços dos Bancos	0,06%
36	Município de Sorocaba	0,18%	86	Município de Aparecida de Goiânia	0,06%
37	Município de Itaquaquecetuba	0,17%	87	Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A	0,06%
38	Município de São Vicente	0,17%	88	OAB – Ordem dos Advogados do Brasil	0,06%
39	Município de Maceió	0,17%	89	Município de Lençóis Paulista	0,06%
40	Banco Volkswagen do Brasil S/A	0,17%	90	Município de Franca	0,06%
41	Município de Indaiatuba	0,16%	91	Itaú Seguros S/A	0,06%
42	Município de Cotia	0,15%	92	Município de Santa Isabel	0,06%
43	CNA – Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil	0,15%	93	Município de Poa	0,06%
44	Município de São Luís	0,14%	94	Município de Mairipora	0,06%
45	Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano – CDHU	0,14%	95	IEF – Instituto Estadual de Florestas	0,06%
46	Município de Embu Guacu	0,13%	96	IPERGS – Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul	0,06%
47	Banco BMG S/A	0,13%	97	UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico	0,06%
48	Município de Jacareí	0,13%	98	Município da Estância Balneária de Praia Grande	0,06%
49	IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis	0,12%	99	Município de Aracajú	0,06%
50	Advocacia Geral da União	0,12%	100	Banco IBI S/A – Banco Múltiplo	0,06%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121030-06.pdf. Acesso em: 14 set. 2015.

Acompanhando as exigências das novas e dinâmicas relações interpessoais, o Direito, como ressaltava Melo⁶⁸⁶, é “fenomenologia sócio-cultural” em constante evolução e deve adaptar-se “a novas realidades e necessidades

⁶⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. A política jurídica e os novos direitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano IV, n.6, p. 9-13, março, 1998. p. 8-12.

humanas”. A adequação do Direito “a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo” deve ser o escopo da política jurídica, e esta tem o inarredável pressuposto de “exigir que toda norma, seja ela proveniente da ação legislativa ou do resultado da prestação jurisdicional”, deve ser embasada no “necessário equilíbrio psicossocial”.

Nesse sentido, parece viável defender que o Estado, por seus Poderes, assim como as demais instituições, deve cada vez mais unir esforços para a difusão da cultura da pacificação, em detrimento da Cultura da Sentença, visando à consolidação dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos no sistema jurídico brasileiro.

3.2.2 Convergências legislativas brasileiras

Recentes iniciativas do Poder Legislativo têm fomentado a pacificação não adversarial e a resolução mais célere de Conflitos.

A Lei n. 13.129/2015⁶⁸⁷ visa “ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral”, bem como “a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral”.

A Mediação, que por muito tempo careceu de uma regulamentação específica no ordenamento jurídico pátrio, foi objeto de discussão no Senado Federal no ano de 2011, por meio do projeto de Lei n. 517, todavia somente em 2014 teve sua primeira votação em uma Comissão da Câmara dos Deputados, sendo numerado nesta Casa Legislativa como PL n. 7.169/2014⁶⁸⁸. A referida Lei foi sancionada e publicada no Diário Oficial da União, em 29 de julho de 2015. Citada norma (Lei n. 13.140/2015) passou a dispor sobre “a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no

⁶⁸⁷ BRASIL. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 30 maio 2015.

⁶⁸⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 7.169, de 19 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>. Acesso em: 13 abr. 2015.

âmbito da administração pública”.

Já o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015⁶⁸⁹, trouxe uma proposta que cria regras para simplificar e acelerar a tramitação das ações cíveis, bem como aquelas de natureza diversa, mas que subsidiariamente se apliquem à Lei adjetiva.

Em que pesem as grandes inovações procedimentais trazidas pelo novo código, abordar-se-ão apenas aquelas de relevo ao presente estudo, relacionadas aos novos métodos pacificadores e algumas medidas propostas no intuito de amenizar a litigiosidade. Nesta senda, destaca-se o trecho do discurso da abertura da sessão⁶⁹⁰ de votação do projeto que ressalta haver no Brasil mais de “90 milhões de ações, sendo que muitas delas são patrocinadas pelo Estado, e a média de duração na prestação jurisdicional é de 5 a 6 anos.”

Explicou o relator do projeto, deputado Paulo Teixeira⁶⁹¹, que a ideia é que as pessoas que estão em disputa sejam “convidadas a buscar um acordo no início do processo e poderão decidir em conjunto com o juiz sobre fases da ação, como a definição do calendário e a contratação de perícia.” Teixeira ressaltou, principalmente, o incentivo dado à Conciliação, que “vai promover maior participação das partes”.

Lembra o deputado supracitado que o Judiciário, muitas vezes, fica “preso aos ritos e às decisões do juiz [...]. Por isso, o primeiro passo das ações no Brasil inteiro será chamar as partes para buscar um acordo por meio de conciliação ou mediação, com profissionais contratados e treinados para isso.” Pondera ainda que, sendo benéfica a solução consensual, por representar o encerramento do processo e a concretização da pacificação, é justo que “os litigantes possam, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinar a

⁶⁸⁹ BRASIL. Lei 13.105. Código de processo civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2015.

⁶⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010. Acesso em: 22 set. 2014.

⁶⁹¹ TEIXEIRA, Paulo. Pronunciamento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em: 22 set. 2014.

forma do exercício das suas faculdades processuais conforme suas conveniências, ou até mesmo delas dispor, conforme o caso.”

Para Meirelles e Noblat⁶⁹², uma importante inovação do novo código é a flexibilização procedimental, que ocorreria “caso o procedimento em lei regulado se mostrasse inadequado, por meio da cooperação entre as partes e com amplo respeito às garantias fundamentais de cada um dos sujeitos do processo”, nos contornos de um Estado Constitucional Democrático.

O novo texto do código processual, na acepção de Pinho⁶⁹³, preocupa-se, “especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos”. Assim dispõe o art. 165 no Código de Processo Civil de 2015⁶⁹⁴ ao definir que os tribunais criem “centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Já o parágrafo sexto do artigo 167 disciplina que “o tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos”. E, na sequência, o artigo 168 esclarece que “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”.

A atuação do magistrado, a exemplo do que já ocorre no Código de Processo Civil de 1973, art. 125, IV, também foi uma preocupação no Código de Processo Civil de 2015, art. 139, V, ao dispor que compete ao juiz “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”⁶⁹⁵, visto ser ele um julgador perene do processo e deter,

⁶⁹² MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NOBLAT, Francis. **De “poder do juiz” a “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. p. 203. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em: 29 set. 2014.

⁶⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 set. 2014.

⁶⁹⁴ BRASIL. Lei 13.105. Código de processo civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2015.

⁶⁹⁵ BRASIL. Lei 13.105. Código de processo civil, de 16 de março de 2015. Disponível em:

portanto, condições de criar frequentes possibilidades de promover a autocomposição.

A figura do mediador/conciliador, por sua vez, tende a imprimir mais informalidade ao processo, promovendo o diálogo. Convergindo para esta ideia de resolução amigável, o artigo 3º, § 3º do novo código determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” Nessa esteira, o parágrafo terceiro do artigo 165 define que o mediador “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

Com Mediação e Conciliação eficazes, salienta Calmon⁶⁹⁶, o fórum deixaria “de ser o local de referência onde as soluções de conflitos se iniciam”; cabendo aos juízes “o papel de receber o Conflito somente depois que todos os outros meios possíveis já foram tentados, salvo aqueles especiais em que os meios alternativos não são recomendáveis”, seja pela vontade das partes, “seja por causa do tipo de direito material envolvido ou por causa de característica especial da pessoa envolvida”.

Entretanto, Pinho e Spengler⁶⁹⁷ fazem sua crítica dizendo que, embora o novo texto tenha “pensado exaustivamente em busca de soluções processuais, foi tímido ao tratar da prevenção dos conflitos”. Em contrapartida, na redação “que trata exclusivamente da lide, da ação, do processo enquanto fórmula, os méritos das modificações previstas são muitos”.

Por todo o exposto, observa-se que parece haver embasamento na crítica dos mencionados autores, visto que a ação legislativa teve como objetivo principal

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2015.

⁶⁹⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 145.

⁶⁹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 90.

“dar fim ao movimento de reformas pontuais ao texto do Código”.⁶⁹⁸ Contudo, sopesa-se que as convergências legislativas, mesmo tímidas, têm sido relevantes e parecem servir de estímulo para se repensar o modo de funcionar e de se administrar Justiça no Brasil, tendo como binômios a Efetividade e a celeridade processual.

3.2.3 Iniciativas da administração da Justiça no Brasil

O movimento de Acesso à Justiça fez emergir a incorporação de diversos processos ao sistema judicial. A materialização dos novos direitos fez com que a administração da Justiça passasse a se preocupar com a litigiosidade remanescente⁶⁹⁹ e, na medida em que o fortalecimento da consciência cidadão se desenvolve, a necessidade de novas orientações destinadas ao gerenciamento das disputas passa a ser sentida.

A Mediação e a Conciliação fazem parte da política judiciária nacional de tratamento alternativo dos Conflitos resistidos, instaurada pelo Conselho Nacional da Justiça por meio da Resolução n. 125/2010, numa clara tentativa de adoção de novos pressupostos de operacionalidade para tribunais e julgadores, os chamados métodos consensuais de solução de Conflitos.

Azevedo⁷⁰⁰ acredita que, com a Resolução n. 125 “começa a se criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores”. Para ele, a pergunta a ser feita deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente e no menor prazo”.

⁶⁹⁸ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NOBLAT, Francis. **De “poder do juiz” à “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. p. 203. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em: 29 set. 2014.

⁶⁹⁹ AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

⁷⁰⁰ Segundo Azevedo, a litigiosidade remanescente é “aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial”. AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

A Resolução⁷⁰¹ teve como alicerce o estímulo, apoio e difusão de práticas já adotadas pelos tribunais, no sentido da busca consensual de solução dos Conflitos. Os objetivos estão elencados nos artigos 2º ao 4º, destacando-se: disseminar a cultura da Pacificação Social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição e reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do Conselho Nacional da Justiça.

Do manual de Mediação judicial⁷⁰² do Ministério da Justiça depreende-se que a referida resolução “partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos”.

Do supracitado manual⁷⁰³ infere-se que “de fato, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental”. Desta maneira, “as perspectivas metodológicas da administração da Justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos”.

Para Meguer⁷⁰⁴, a Resolução n. 125/2010 tem pressupostos que “estimulam soluções adequadas, em múltiplas portas, mesmo antes do ajuizamento das demandas”. Seria uma estratégia que “pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.”

⁷⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁷⁰² AZEVEDO, André Gomma de *et al.* **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2012. p. 281.

⁷⁰³ AZEVEDO, André Gomma de *et al.* **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2012. p. 282-284.

⁷⁰⁴ MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367. Acesso em: 22 maio 2014.

Watanabe⁷⁰⁵, por seu turno, assevera que sendo implementada adequadamente, a Resolução gerará uma transformação qualitativa e quantitativa “dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito”, o que traria também uma “redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva”.

O artigo 7º da Resolução⁷⁰⁶, alterado pela emenda 1/2013, determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos em todos os tribunais (Nupemecs). A composição dos núcleos é feita por magistrados ativos ou aposentados, com o principal objetivo de desenvolver a política judiciária local de resolução alternativa de Conflitos. Para o Conselho Nacional da Justiça, “essa iniciativa evita futura sentença judicial e permite a solução definitiva do litígio, diminuindo a grande demanda dos processos em trâmite.”⁷⁰⁷

Pinho⁷⁰⁸ critica a norma do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA por considerar que para haver a Mediação ou Conciliação nela prevista, já “terá havido a movimentação da máquina judicial.” Heringer⁷⁰⁹, por seu turno, afirmou que a Resolução “é insuficiente para resolver os problemas de congestionamento e morosidade da Justiça brasileira”, porque o modelo proposto “é restrito e está ‘contaminado’ pela idéia do monopólio da jurisdição”, quando “deveria fazer parte de uma política pública geral e não restrita a um ente de poder”. Para o autor, a medida

⁷⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Direito do tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro**. v.86. jan./fev./mar. 2011, p. 82.

⁷⁰⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁷⁰⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/nucleos-de-conciliacao>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁷⁰⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁷⁰⁹ HERINGER, Mauro Brant. **Política judiciária nacional**. Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política Pública para redução da judicialização dos conflitos. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 set. 2014.

não atenderá aos pressupostos para os quais foi instituída, criará mecanismos concorrentes com os já existentes e estará fadada “a uma eterna letargia”.

Outra recente medida administrativa concernente aos mecanismos de resolução alternativa foi a criação do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec), ocorrida em 12 de dezembro de 2015, durante o 1º Encontro Nacional de Núcleos e Centros de Conciliação, em Brasília, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. O Fórum foi criado para “dar visibilidade às atividades voltadas às formas autocompositivas desenvolvidas pelos tribunais brasileiros.”⁷¹⁰

O desembargador José Roberto Neves Amorim, presidente do Fonamec e coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) de São Paulo, proferiu a importância do crescimento da cultura da pacificação no Brasil: “já alcançamos a marca de 128 Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania em São Paulo. Trata-se aqui de uma das mais importantes políticas públicas de Justiça levadas a efeito pelo Judiciário.”⁷¹¹

O Fonamec fez sua primeira reunião em abril de 2015 e debateu ações voltadas à Mediação e à Conciliação idealizadas e praticadas pelos tribunais brasileiros. “A programação abordou temas como mediação on-line, métodos consensuais de solução de conflito em casos de homofobia e racismo e o texto do novo Código de Processo Civil (CPC).”⁷¹²

Ao final do evento, foi aprovada uma lista com 38 enunciados contendo sugestões de ações, atividades e rotinas dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos. Entre os enunciados que deverão orientar a atividade dos tribunais estão: a possibilidade de realizarem “sessão de conciliação ou mediação por videoconferência, inclusive para prepostos”; também “a criação de um Setor de

⁷¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 17 abr. 2015.

Cidadania para implantar projetos de cunho social, como a Oficina de Pais e Filhos e Divórcio, desenvolvidas pelo CNJ” e a possibilidade de que “os Cejuscs poderão ser instalados mediante parcerias com entidades públicas e privadas”.⁷¹³ No encerramento, o ministro Ricardo Lewandowski conclamou o Judiciário a participar do esforço pela pacificação do país.

3.2.4 A modernização do Poder Judiciário

A Sociedade da informação é a Sociedade do conhecimento, e vice-versa, como enfatiza Lopez⁷¹⁴, na medida em que esta configuração é o resultado da dominação tecnológica na economia e cultura da Sociedade pós-industrial.

Das inúmeras mudanças do Judiciário nos últimos anos, o processo eletrônico (PJe) é certamente a que mais contribui para sua modernização. No Brasil, lançado oficialmente em 21 de junho de 2011, desde 3 de fevereiro de 2014 é utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça para o trâmite de todos os novos processos⁷¹⁵ e em maio de 2015 já havia 2.572 órgãos julgadores adeptos do novo procedimento e mais de 4,255 milhões de ações processadas eletronicamente em todo o País.⁷¹⁶

“A Justiça do Trabalho é a principal usuária do sistema, com mais de 3 milhões de feitos processados por 1,2 mil órgãos julgadores”⁷¹⁷. Apesar destes dados promissores, em âmbito estadual o Tribunal Regional do Trabalho catarinense implantou o processo eletrônico apenas em “metade da jurisdição”, ficando o

⁷¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷¹⁴ LOPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 18.

⁷¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em: 16 abr. 2015.

⁷¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nova versão do PJe começa a ser testada no TJPR e TJRO**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79266-nova-versao-do-pje-comeca-a-ser-testada-no-tjpr-e-tjro>. Acesso em: 5 maio 2014.

⁷¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim PJe**, Brasília/DF, edição n. 7. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/boletim-pje/archive/view/listid-19-assessores-de-comunicacao-do-poder-judiciario/mailid-6741-boletim-pje-edicao-7>. Acesso em: 20 abr. 2014.

restante a ser implantado até o final de 2015.

A resolução n. 185⁷¹⁸ do Conselho Nacional de Justiça prevê o pleno funcionamento do PJe em todos os tribunais do país até 2018, portanto a utilização do processo físico permanecerá por alguns anos, mas já tem sua extinção planejada. “A grande diferença entre um e outro é que o eletrônico tem a potencialidade de reduzir o tempo para se chegar à decisão”⁷¹⁹ e, conforme a cartilha do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, esta redução pode ocorrer por motivos diversos: extinção de atividades agora desnecessárias (juntadas de petições, baixa de agravos de instrumento); atribuição ao computador para tarefas como contagem de prazos, “otimizando o próprio trabalho nos processos judiciais”; possibilidade de execução de tarefas paralelas ou simultâneas por vários servidores no mesmo processo, entre outros. Como disse Silva⁷²⁰, “muitos atos são praticados desnecessariamente, pois o processo eletrônico transfere, de certa forma, a gestão processual para um sistema informatizado.”

Parafraseando o conselheiro Rubens Curado⁷²¹, presidente do Comitê Gestor Nacional do PJe, este “é o sistema com o maior potencial transformador do Judiciário. Isso já está acontecendo hoje e se intensificará ainda mais no futuro. Os tribunais já perceberam os ganhos e entenderam que é um projeto em permanente evolução”.

Como pontuou Oliveira⁷²², “o diário da justiça eletrônico também foi outro avanço tecnológico, trazendo vários benefícios, inclusive econômicos” e ecológicos, pois passou a evitar muito desperdício de papel.

⁷¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 185, de 20 de dezembro de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61184-publicada-no-diario-da-justica-a-resolucao-do-pje>. acesso em: 20 abr. 2015.

⁷¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo judicial eletrônico**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo_judicial_eletronico_pje/processo_judicial_eletronico_grafica_2.pdf. Acesso em: 20 abr. 2015.

⁷²⁰ SILVA, Fernando Quadros da. **Poder judiciário e sustentabilidade**. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 93-100, set./out. 2013. p. 96.

⁷²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em: 16 abr. 2015.

⁷²² OLIVEIRA, Cristina Azevedo de. O papel do poder judiciário no mundo contemporâneo: as políticas judiciárias desenvolvidas para o Acesso à Justiça no âmbito federal e estadual (TJSC). In: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 89.

A tecnologia tem contribuído para otimização da Justiça em vários segmentos. Por oportuno, convém mencionar o viés da sustentabilidade ambiental do PJe em locais onde este levantamento já foi realizado. No Distrito Federal, por exemplo, “o consumo de materiais relacionados ao processo físico foi reduzido em 61% [e] a economia foi de R\$ 8,2 mil”⁷²³, numa clara antecipação às determinações da Resolução n. 201⁷²⁴ do Conselho Nacional de Justiça.

Aprovada em 3 de março de 2015, a referida resolução “dispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ)”. A norma ratifica que “o uso sustentável de recursos naturais e bens públicos deverá ter como objetivos o combate ao desperdício e o consumo consciente de materiais”, destacando “a gestão sustentável de documentos como a implementação de processo judicial eletrônico e a informatização dos processos e procedimentos administrativos”.⁷²⁵

Segundo Silva⁷²⁶, a atividade processual deve “ser desenvolvida com vistas à sustentabilidade, além naturalmente do fim peculiar buscado em cada procedimento”.

No mesmo sentido, obtempera Jacobsen⁷²⁷ “o processo eletrônico deve ser analisado em uma dupla perspectiva: da sustentabilidade e, também, da ampliação ou facilitação do acesso à justiça”. Assim, além de minimizar o problema da morosidade na prestação jurisdicional e democratizar o acesso às informações processuais, a implantação do processo eletrônico no Judiciário brasileiro permitirá o

⁷²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Eletrônico reduz em 61% consumo de materiais no DF**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77550-pje-reduz-em-61-consumo-de-materiais-em-tribunal-do-df>. Acesso em: 20 abr. 2015.

⁷²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 201/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>. Acesso em: 6 mar. 2015.

⁷²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77272-aprovada-resolucao-que-determina-a-criacao-de-nucleos-socioambientais-em-orgaos-do-judiciario>. acesso em: 9 mar. 2015.

⁷²⁶ SILVA, Fernando Quadros da. **Poder judiciário e sustentabilidade**. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 93-100, set./out. 2013. p. 94.

⁷²⁷ JACOBSEN, Gilson. **Juizados Especiais Federais: quando só o direito não basta para um efetivo acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20vers%C3%A3o%20final%20corre%C3%A7%C3%A3o%2004.11.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

processamento das ações judiciais por meio de atos virtuais, “dispensando por completo o uso do papel, proporcionando maior agilidade, segurança e economia na prestação jurisdicional”⁷²⁸.

Real Ferrer *et al*⁷²⁹ ratificam esta ideia ponderando que “a problemática ambiental ganha um caráter sistêmico que obriga um tratamento conjunto dos problemas, mediante medidas (globo/esferas) tecnocientíficas, educativas, jurídicas e políticas”, consubstanciada “a emergência planetária para a construção de um futuro sustentável.”

Dadas as imperiosas necessidades da sobrevivência humana, sustentabilidade, como dizem os estudiosos⁷³⁰, “engendra-se como novo paradigma indutor a redefinir as pautas axiológicas em plano local, nacional, internacional, em especial, transnacional.” Esse novo padrão de comportamento e organização das atividades “supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço.” Assim, “a sustentabilidade impõe o princípio da solidariedade entre as gerações, ‘obrigando’ as gerações presentes a incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras.”

Outra importante medida para a modernização do Poder Judiciário parece ser a utilização da *internet* para audiências ou Conciliação pré-processual. Os casos de videoconferência na prática forense brasileira ainda são raros e embora o novo Código de Processo Civil⁷³¹ traga, em seu artigo 334, § 6º, a previsão de que “a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”, ainda não há regulamentação para tal procedimento. O mesmo

⁷²⁸ JACOBSEN, Gilson. **Juizados Especiais Federais**: quando só o direito não basta para um efetivo acesso à justiça. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20vers%C3%A3o%20final%20corre%C3%A7%C3%A3o%2004.11.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

⁷²⁹ REAL FERRER, Gabriel *et al*. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – eletrônica, v.9, n.4, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁷³⁰ REAL FERRER, Gabriel Real *et al*. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – eletrônica, v.9, n.4, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁷³¹ BRASIL. Lei 13.105, Código de processo civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 16 set. 2015.

diploma legal tem uma seção específica que trata “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”, do artigo 193 ao 199, além de diversos dispositivos que preveem o uso do correio eletrônico para citação e até comunicação com o magistrado, porém todos ainda aguardando regulamentação e aplicação.

A legislação pátria não contempla a modalidade de resolução integralmente *on-line*, porém esta já é vislumbrada em iniciativas como o Projeto de Solução Alternativa de Conflitos (Conciliação Pré-Processual) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O projeto prioriza os Conflitos que envolvem o direito consumerista e “oferece canais *on-line* de conciliação junto a 21 empresas, dentre companhias telefônicas, concessionárias de serviço público e bancos”.⁷³² O Centro cadastrou o *e-mail* destas empresas, que abraçaram a ideia, e divulgou a lista no *site* do tribunal, orientando os consumidores a tentar um acordo antes de iniciar um Processo Judicial. “O projeto de conciliação *on-line* resulta em cerca de 800 acordos por mês, com uma taxa de sucesso de 80%.”

Com o mesmo enfoque, em junho de 2014 o Ministério da Justiça criou a plataforma consumidor.gov⁷³³, que em maio de 2015 contava com 247 empresas cadastradas e mais de 100 mil reclamações em matéria consumerista, tendo um índice médio de resolução de 77,9%.

No tocante ao contato com os advogados, tem-se ainda o sistema *Push*⁷³⁴, adotado pelos tribunais estaduais, federais e superiores, que permite ao causídico “receber, por e-mail, informações sobre andamento de processos, informativos de jurisprudência”, entre outras informações relevantes.

Na era digital, faz-se importante também a interação entre o Judiciário e seus jurisdicionados. Nesse aspecto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com mais de 1,5 milhão de seguidores nas redes sociais, têm utilizado esta ferramenta para difundir conhecimentos jurídicos, com uma linguagem simples e “foco na

⁷³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77314-juizados-civeis-do-rio-de-janeiro-inovam-ao-oferecer-conciliacao-online>. Acesso em: 27 abr. 2015.

⁷³³ BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Disponível em: 20 ago. 2015.

⁷³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/push/>. Acesso em: 10 set. 2015.

cidadania e nos direitos humanos, a presença do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA nas redes sociais teve como maior conquista a aproximação com a sociedade civil representada nos canais digitais em que o Conselho está.⁷³⁵

Em âmbito internacional, recente conferência sobre Justiça e inovação tecnológica no mundo globalizado⁷³⁶, realizada na Universidade San Pablo, em Madrid, listou algumas iniciativas que unem Justiça e tecnologia para agilizar o trâmite processual e/ou promover a sustentabilidade. No Estado americano da Califórnia, por exemplo, os cidadãos podem fixar *on-line* a data de sua audiência mediante um calendário pré-definido. Na província canadense de Saskatchewan, desde 2012, com a ideia de reduzir o uso do papel, todos os processos são digitais. Já o Laboratório de *ciberjustiça* da Universidade de Montreal desenvolveu uma interface que permite aos atores presentes no tribunal (juízes e advogados) acessar por meio de *tablets* e *smartphones* as provas que querem mostrar ao largo do julgamento.

Na Espanha, o Ministério da Justiça está trabalhando num projeto que tornará possível enviar alertas por mensagem de celular para informar aos cidadãos as datas e prazos dos processos. Neste país, há em funcionamento o sistema LexNet, uma plataforma de intercâmbio de informações entre os órgãos judiciais e operadores jurídicos, além do “Expediente Eletrônico de Justiça Gratuita”, um sistema informatizado que cruza os documentos das instituições públicas como a agência tributária, o instituto de seguridade social e tesouraria e a direção geral de cadastro nacional de emprego, para melhor análise dos pedidos de Justiça gratuita, reduzindo assim os prazos de tramitação em até 40 dias, minimizando erros de expediente administrativo e reduzindo custos.⁷³⁷

O Estado espanhol ainda tem inovado sua legislação nos últimos anos para regulamentar a Mediação eletrônica em assuntos cíveis e mercantis, podendo-

⁷³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Redes sociais do CNJ ultrapassam a marca de 1,5 milhão de seguidores.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79296-redes-sociais-do-cnj-ultrapassam-a-marca-de-1-5-milhao-de-seguidores>. Acesso em: 7 maio 2015.

⁷³⁶ MORENO, V. **Avances y retos de la integración tecnológica en la Justicia.** Disponível em: <http://www.expansion.com/2015/02/27/juridico/1425060574.html>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁷³⁷ MORENO, V. **Avances y retos de la integración tecnológica en la Justicia.** Disponível em: <http://www.expansion.com/2015/02/27/juridico/1425060574.html>. Acesso em: 15 mar. 2015.

se citar como exemplo dessas iniciativas a Lei n. 5/2012 que, segundo De Castro⁷³⁸, “ha supuesto un importante impulso a la mediación electrónica” por prever que o procedimento nestes casos seja total ou parcialmente eletrônico. O autor considera que a Mediação em âmbito consumerista vem sendo determinada pelo recente “marco normativo europeo [...]. La Directiva 2013/11/UE”, em vigor desde julho de 2013.

Apura-se que a União Europeia há muitos anos impulsiona a resolução alternativa de disputas para resolver Conflitos de consumo, desde a citada “Recomendación 98/25/CE”⁷³⁹, relativa aos princípios aplicáveis às soluções extrajudiciais de litígios, à “Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001”, específica das relações consumeristas. Sob os princípios desta normatividade e o “Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y La Directiva 2009/22/CE” é regida a “Plataforma *online* de resolución de litigios”, que, conforme explica a autora, é um *site* interativo ao qual podem acessar consumidores e comerciantes para resolver seus Conflitos de forma extrajudicial, eletrônico e gratuita, em todas as línguas oficiais das instituições da União Europeia.

A aplicação da tecnologia na solução dos Conflitos originou o processo denominado *Online Dispute Resolution* (ODR), que, consoante De Heredia⁷⁴⁰, foi difundido inicialmente pelos profissionais familiarizados com os Meios Alternativos de resolução de disputas, visando transladar os diversos métodos alternativos (Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem) para o meio cibernético.

Dos breves enunciados acima, que evidentemente não tiveram como objetivo exaurir o conteúdo relativo a esse importante tema, pode-se supor que o

⁷³⁸ “tem supuesto un importante impulso à mediação eletrônico” [...] “marco normativo europeo [...]”. A Directiva 2013/11/UE”, [...] “transposición deberá realizar-se o mais tardar em 9 de julio de 2015.” (tradução livre do autor da presente Tese). DE CASTRO, Eduardo Vázquez. La resolución de disputas en línea en el marco de la modernización de la justicia: la RDL como acceso electrónico de los ciudadanos a la administración de justicia. In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 234.

⁷³⁹ FRANCISCO, Diana Marcos. Las online dispute em materia de consumo en la unión europea. In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013. p. 23.

⁷⁴⁰ DE HEREDIA, Ramón Alzate S. La resolución alternativa de disputas en línea. In: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010. p. 169.

avanço tecnológico alcançado pela Sociedade contemporânea parece estar expandindo-se, ainda que a passos lentos (mas em boa hora), ao Sistema Judiciário de muitos Países, vislumbrando-se como positiva essa junção tecnologia *versus* consensualidade, por meio da qual se alcança eficiente dose de sustentabilidade no serviço judicial. Nesse sentido, agregar conceitos da sustentabilidade na atividade estatal-jurisdicional parece também confirmar a desejada Função Social do Estado Contemporâneo.

3.3 OS ÓBICES PARA A DIFUSÃO DE UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.3.1 Considerações iniciais

Como defendido em tópicos anteriores, a Cultura do Conflito parece representar um fator preponderante para o abarrotamento de litígios no Judiciário, conseqüente descrédito do Poder e do próprio Estado. Uma relevante causa deste hábito tão enraizado no cotidiano brasileiro, pontuada por muitos estudiosos, como se analisou, é a visão dos operadores do Direito sobre a litigiosidade, criada principalmente a partir de sua formação acadêmica e social. Já afirmou Dallari⁷⁴¹ que “a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade”. Nesse pensar, Musztak⁷⁴² pondera que “a decadente mentalidade adversarial de vítimas e algozes, do bem e do mal, segundo padrões e interesses individuais, parciais, distante da boa-fé subjetiva e objetiva”, acaba por gerar “a análise distorcida, resultados viciados, a violência e a ineficácia dos processos judiciais”.

Watanabe⁷⁴³ acentua que, no Brasil, um grande obstáculo à utilização dos meios alternativos “está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito que é voltada fundamentalmente para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses.”

⁷⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

⁷⁴² MUSZKAT, Malvina. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003. p. 58.

⁷⁴³ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

Outro ponto a ser revelado, reflexo também da vultosa busca ao Judiciário, diz respeito ao distanciamento que ocorre entre o juiz e o processo. Em determinados casos, devido ao grande número de processos distribuídos em seus gabinetes, muitos julgadores tomam ciência do cerne da lide apenas no momento da audiência, o que acaba afastando a possibilidade de o juiz atuar como um pacificador que aproxima as partes para a obtenção de um acordo. Sem esta aproximação, a Sentença é proferida, na maioria das vezes, com o descontentamento de uma das partes, “o que gera um substancial aumento do número de recursos”⁷⁴⁴.

Para interromper este ciclo, Gajardoni *et al*⁷⁴⁵ consideram que o juiz deve acompanhar efetivamente todos os despachos do processo, “não só para conduzi-lo melhor, evitando a prática de atos desnecessários e inúteis, mas também para conhecer a fundo a questão controvertida”. Esta prática os habilitaria para “poder buscar seriamente a conciliação ou sugerir às partes formas alternativas de solução do litígio, e ainda, quando não, proferir uma boa sentença”.⁷⁴⁶

Watanabe pondera, ainda, que “sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos”. Em razão desta mentalidade, “forjada nas academias e fortalecida na práxis forense” é que surgiram diversos dispositivos legais para impulsionar os Meios Alternativos, a exemplo das “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional” dadas ao juiz de paz pela atual Constituição, mas em desuso talvez por falta de iniciativa nas comarcas.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

⁷⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

⁷⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

⁷⁴⁷ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na

Outro exemplo de dispositivo legal não aplicado, ou “cumprido como mera formalidade por muitos magistrados”⁷⁴⁸ é o § 2º do artigo 331 do ainda em vigor Código de Processo Civil que determina a designação de audiência preliminar para a tentativa de Conciliação e, sendo infrutífera a Conciliação, juiz fixará os pontos controvertidos da demanda⁷⁴⁹.

No entender de Calmon⁷⁵⁰, “ainda permanece a histórica resistência de algumas corporações à adoção dos mecanismos para a obtenção da autocomposição.” Os juízes, de um lado, “sentem seu poder reduzido por deixar de exercê-lo em todos os litígios. De outro, os advogados apontam como falha do sistema alternativo a dispensa de sua participação obrigatória.” Nesse contexto, “a adoção de um sistema multi-portas é uma opção política, que balança os alicerces de profundos interesses já sedimentados e, sendo o sistema jurídico hermético e complexo, ao tema vem sendo atribuída a chancela de “técnico”, o que afasta a Sociedade de uma discussão sobre o tema.

Mas, como ressalta Theodoro Junior, a importância da Justiça coexistencial (ou conciliatória) “não é só para desafogar a justiça ordinária”. Pois aquela, “muitas vezes, chega não só a resultados mais rápidos e menos onerosos que a justiça comum, como a resultados melhores, até mesmo em qualidade, do que os produzidos pelo processo contencioso.”⁷⁵¹

prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

⁷⁴⁸ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

⁷⁴⁹ Válido aqui ressaltar que o novo Código de Processo Civil trouxe a mediação e a conciliação para o início do processo, consoante o art. 334 da Lei n. 13.105/15: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes”.

⁷⁵⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 147.

⁷⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001. p. 109.

Para Tavares⁷⁵², “a consciência jurídica do cidadão é convocada a atuar civicamente, desestimulando-se que o Judiciário sirva como depositário primeiro e imediato do mero inconformismo entre interessados”. Com esse pensar, o economista indiano Amartya Sen⁷⁵³ disse que “o uso excessivo do conceito de justiça acaba por reduzir a força da ideia quando aplicada” às causas mais complexas e, citando um velho provérbio bengalês, enfatizou que “a justiça é como um canhão, e não precisa ser disparada para matar um mosquito”.

Para Watanabe⁷⁵⁴, “temos fundadas esperanças de que [...] assistiremos logo mais ao surgimento de uma nova cultura, nas academias, nos tribunais, na advocacia, nas escolas de preparação e de aperfeiçoamento, enfim, em todos os segmentos de atuação prática dos profissionais de Direito”, de forma que “a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação”. Supõe-se que este seja o sonho e a esperança de todos os que desejam que a justiça atenda a todos e no tempo certo.

3.3.2 Formação dos Operadores do Direito

O ensino jurídico no Brasil aparenta ter sido, ao longo dos tempos, “moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma guerreiros, profissionais combativos e treinados para a guerra [...] Quando um ganha, o outro tem de perder”⁷⁵⁵. A tradição brasileira prepara os alunos dos cursos de Direito para o Conflito, e não para o consenso⁷⁵⁶.

Apesar de o próprio Código de Ética e Disciplina da OAB⁷⁵⁷ destacar, em

⁷⁵² TAVARES, André Ramos. Desjudicialização. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em: 2 jun. 2014.

⁷⁵³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 289. Título original: *Development as freedom*. Primeira edição em: 2000.

⁷⁵⁴ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9-10.

⁷⁵⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31

⁷⁵⁶ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

⁷⁵⁷ OAB, Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina. Disponível em:

seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, que, dentre os deveres do advogado, está o de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, Watanabe⁷⁵⁸ pontua que nos cursos de nível superior, “toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial” e este tem sido o padrão de ensino na maioria das faculdades de Direito no Brasil. Para o jurista, “quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos”, culminando na malfadada Cultura da Sentença, que se consolida assustadoramente”.

O ministro do STJ, Marco Buzzi, em recente palestra, proferida na Universidade do Vale do Itajaí por ocasião da comemoração dos 50 anos do curso de Direito, ratificou esta estatística apresentando a informação de que há 1.300 cursos jurídicos no Brasil (informação verbal)⁷⁵⁹. Entretanto, um estudo realizado pela Revista Catarinense de Solução de Conflitos⁷⁶⁰, em análise a 260 (duzentos e sessenta) currículos de diversos Cursos de Direito espalhados pelo Brasil, restou confirmado que menos da metade (45,3%) das faculdades examinadas contemplavam componente curricular sobre Mediação e Arbitragem, sendo que apenas 31,5% preveem tais disciplinas como obrigatórias. Ainda neste estudo foi possível calcular que tão somente 6,9% dessas instituições possuíam práticas profissionais relacionadas aos meios alternativos em geral.

Parece certo dizer que estas estatísticas são reflexos da própria administração pública do País, porquanto a implementação de disciplinas que contemplem o estudo dos meios não adversariais está ausente do rol de conteúdos mínimos (fundamentais e profissionalizantes) do Curso de Direito estabelecidos pela Portaria n. 1.886/94 do Ministério da Educação, no qual são consideradas fundamentais as seguintes matérias: Introdução ao Direito, Filosofia geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política

<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁷⁵⁸ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

⁷⁵⁹ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Informação fornecida na aula magna do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, Univali, em 10 de agosto de 2015.

⁷⁶⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**. v.3. n.5. p. 112-113. dez. 2009.

(com Teoria do Estado); e profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Em análise sobre o tema, Pinho⁷⁶¹ adverte que “toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias [sobre meios alternativos] em sua grade de disciplinas obrigatórias”. O autor acredita que as faculdades de Direito deveriam promover uma formação mais adequada aos acadêmicos, com o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, a fim de desenvolver nos estudantes de Direito uma mentalidade mais voltada à pacificação não contenciosa, fora dos meandros do Poder Judiciário. E a melhoria na qualidade do ensino jurídico, sabe-se, “guardará direta ligação com a função social do advogado”⁷⁶².

Neste sentido, Manzi⁷⁶³ também concorda que “a persuasão é uma técnica que deveria estar inserida nos programas das Faculdades de Direito, dando aos bacharéis os instrumentos necessários para que harmonizem os conflitos, ao invés de inflamá-los” e também “para que busquem soluções que tenham no jurídico apenas a forma e não o objeto”. A importância de técnicas da persuasão faz com que a Universidade de Harvard, desde os anos 80, possua cadeira específica “onde a técnica da negociação de acordos ou da conciliação das partes é ministrada, tanto seus aspectos teóricos, quanto os aspectos práticos, que envolvem, inclusive, a realização de oficinas”.

De forma complementar, oportuna a observação de Hespanha⁷⁶⁴:

Por meio de técnicas e de procedimentos psicológicos com poder persuasório, juízes e tribunais, poderão colher informações fidedignas e resultados seguros acerca dos fenômenos da sensação,

⁷⁶¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_cadern. Acesso em: 20 abr. de 2015.

⁷⁶² COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; JUNIOR, Joel de Andrade. Sobre a função social do advogado brasileiro no século XXI: realidades, perspectivas e sugestões. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. ano 6, n.1, São Paulo: RT, 2003, p. 63.

⁷⁶³ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

⁷⁶⁴ HESPANHA, Bendito. **Psicologia do testemunho**. Passo Fundo: EDIUPF, 1996. p. 93.

da percepção, da memória, das tendências afetivas e dos fatores conscientes e inconscientes que integram o processo de constituição e interpretação da vida psíquica e do testemunho. Com o uso científico da Psicologia Experimental, o observador e os órgãos jurisdicionais, com sua própria experiência psíquica, terão melhores condições de aplicar o direito ao caso concreto.

Manzi⁷⁶⁵ conclui, entretanto, que, no Brasil, “a lei impõe ao juiz que busque conciliar as partes. O juiz e outros operadores jurídicos não possuem formação para utilizar a persuasão como técnica, agindo de forma intuitiva, com resultados deficitários”.

Acerca da prática do Direito, Lima⁷⁶⁶ observa que a lógica vertida das academias – do uso predatório do contencioso judicial – não corresponde mais aos anseios sociais. Para o estudioso, é “imperioso buscar mecanismos alternativos para a solução de conflitos, conforme se verifica no incontestável aumento do número de processos litigiosos, sem o correspondente aparelhamento do Poder Judiciário”.

De fato, Oliveira Júnior⁷⁶⁷ aponta que “essa insistência surda na forma convencional de formação jurídica não traduz as aspirações da sociedade que está ávida por outras alternativas, não compreende as necessidades do Estado e do Poder Judiciário que grita por socorro”. Este modelo de formação jurídica não constitui um profissional que se notabiliza por carrear soluções, esta formatação, torna o bacharel mero soldado “que vai para o *front*, enfrentar o inimigo com as armas já conhecidas, no corpo a corpo, e numa estratégia estéril e formal, que joga com as mazelas do processo, do tempo [...] mas que não aliam o encontro do sentimento de justiça.”

Santos⁷⁶⁸ afirma que a prevenção dos litígios e o estímulo à utilização dos meios não judiciais é a missão essencial do advogado, sendo este “o escopo mais

⁷⁶⁵ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

⁷⁶⁶ LIMA, Alessandro de Souza. **Projeto OAB Concilia**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/cachoeirapaulista/assistencia-judiciaria/OAB-Concilia/Projeto-OAB-Concilia>. Acesso em: 17 abr. de 2015.

⁷⁶⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Asdrubal Aparecido Gomes de. A mediação e a arbitragem no ensino jurídico. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos**, Florianópolis, n. 2, ano II, p. 22-23, set. 2014.

⁷⁶⁸ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001. p. 77.

relevante da Jurisdição.” Vaz⁷⁶⁹ comunga desta ideia, apontando que muitos advogados são refratários à solução consensual por colocarem seus interesses à frente dos interesses dos clientes; para o autor “nunca se pode colocar o interesse próprio (do advogado) acima do interesse do cliente (parte). O advogado tem, na conciliação, a oportunidade de antecipar no tempo o recebimento de seus honorários”.

Ao retratar as formas de resolução de Conflitos na Inglaterra, Andrews⁷⁷⁰ relata que os procedimentos consensuais normalmente são menos onerosos para as partes e ressalva que “o método de cobrança dos honorários por hora fornece incentivo econômico para advogados a aumentarem a intensidade e complexidade dos processos”.

Como anotou Pasold⁷⁷¹, a consciência jurídica que deve aportar no espírito de qualquer operador jurídico diz respeito à “noção clara, precisa, exata, dos direitos e dos deveres que o indivíduo deve ter, assumindo-os e praticando-os consigo mesmo, com seus semelhantes e com a Sociedade”. O autor também adverte que a atuação do advogado deve ser qualificada por três questões básicas: competência cultural, e não apenas técnica; ética irrepreensível; espírito público e cidadania ativa⁷⁷². A busca pelo melhor sistema de pacificação aparenta integrar estes componentes, na medida em que a ética e a consciência social fará com que advogado estimule a melhor forma de pacificação, visando sempre o bem de seus clientes e da Sociedade em geral, permitindo que permaneçam no Judiciário apenas as questões pertinentes e que prescindem da atividade jurisdicional.

Na Cartilha elaborada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e

⁷⁶⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

⁷⁷⁰ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. p. 245.

⁷⁷¹ PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2001. p. 54.

⁷⁷² PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2001. p. 29.

Pequenas Empresas – Sebrae⁷⁷³, apontam-se os benefícios dos mecanismos alternativos para o exercício da advocacia; no compêndio, fala-se que “a experiência tem demonstrado que [os] clientes encontram maior segurança e parceria com seus advogados, que se preocupam com o conflito existente e com o bem estar de todos”.

Azevedo⁷⁷⁴ agrega que os advogados precisam agir de maneira distinta em relação ao tradicional exercício da advocacia nos tribunais e serem capazes de estimular as partes para que cheguem a um acordo; um advogado criativo, em uma sessão de Mediação – ou Conciliação – poderá produzir uma gama de acordos satisfatórios para ambas as partes envolvidas no litígio, pondo fim à “litigiosidade remanescente”⁷⁷⁵, compreendida entre aquelas questões que não são resolvidas pela autoridade judiciária, como “os sentimentos de ira e frustração cultivados entre as partes litigantes”.

Vaz⁷⁷⁶ entende que o grande problema a ser enfrentado é a reinante “cultura de litigância”, uma vez que a mudança de mentalidade é questão a ser resolvida em longo prazo. Para ele, “deveríamos nos preocupar com esta questão desde o ensino fundamental de nossos jovens, mas, ao menos, no ensino jurídico, que não educa para a pacificação social, mas para litigar”.

Por todo o exposto, parece certo dizer que o costume dos litígios e a pacificação heterocompositiva destes são fatos adstritos ao campo dos operadores do Direito. Entretanto, de outro correspondente, pode-se observar que a indisposição para a autocomposição ultrapassa os limites do mundo jurídico, porquanto, desde cedo, é comum que as novas gerações sejam estimuladas a resolverem suas pequenas questões – quando não de maneira bruta –, mediante o uso coercitivo da

⁷⁷³ SEBRAE. **Métodos Adequados de Solução de Conflitos**. Disponível em: <http://gestaoportal.sebrae.com.br/uf/rio-de-janeiro/quero-melhorar-minha-empresa/orientacao-juridica/folder-mediacao-conflitos-sebrae.pdf>. Acesso em: 29 abr. de 2015.

⁷⁷⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 372-374.

⁷⁷⁵ Acerca da “litigiosidade remanescente”, Azevedo explica que “as questões sentimentais submetidas à mediação não são ignoradas. Pelo contrário, são resolvidas e esclarecidas em primeiro lugar, para que não tenham repercussão nos aspectos materiais e econômicos da demanda”. (AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 372-374).

⁷⁷⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

força de um adulto que impõe uma pena àquele que transgride uma norma.

Em breve análise ao ambiente escolar brasileiro, parece possível afirmar que desde a educação básica as adversidades cotidianas são costumeiramente solucionadas por um terceiro superior, a partir do momento em que o aluno submete o impasse – gerado no interior discente – ao professor (ou outro orientador escolar), o qual resolverá a questão mediante alguma forma punitiva (suspensão, por exemplo).

Em vista deste cenário, Lima⁷⁷⁷ propõe que as crianças passem a ser “alfabetizadas emocionalmente” a partir do início de seu desenvolvimento, a fim de que, em sua vida adulta, saibam lidar e resolver suas adversidades de maneira equilibrada, recriando, assim, uma cultura não adversarial.

Coleman⁷⁷⁸ sinaliza que a prática da “alfabetização emocional” já vem sendo desenvolvida em centenas de escolas públicas da Cidade de Nova Iorque. O PhD em psicologia aponta o “Programa de Solução Criativa para Conflitos” como um exemplo a ser adotado para a difusão desta cultura, explicando que neste projeto a parte emocional das crianças é estimulada para que elas saibam buscar soluções menos violentas para as suas animosidades.

Neste programa, mostra-se aos alunos a futilidade da violência e que eles possuem diversas formas para lidar com Conflitos. Coleman⁷⁷⁹ explica que a chave para o sucesso do programa está em transportar as iniciativas para além da sala de aula, “para isso, alguns alunos são treinados como mediadores [...] os mediadores aprendem a mostrar seus pontos de vista de uma forma imparcial. A tática inclui sentar-se com os envolvidos e fazê-los ouvir um ao outro sem interrupções nem insultos”.

⁷⁷⁷ LIMA, Alessandro de Souza. **Projeto OAB Concilia**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/cachoeirapaulista/assistencia-judiciaria/OAB-Concilia/Projeto-OAB-Concilia>. Acesso em: 17 abr. de 2015.

⁷⁷⁸ Coleman, Daniel. **Inteligência Emocional**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 291. Título Original: *Emotional Intelligence*. Primeira edição em: 1995.

⁷⁷⁹ Coleman, Daniel. **Inteligência Emocional**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 291. Título Original: *Emotional Intelligence*. Primeira edição em: 1995.

Silva⁷⁸⁰ destaca que a Mediação possui “uma vertente educacional diante da participação intersubjetiva e de seu conseqüente aprendizado, vez que o próprio procedimento fomenta a cultura do diálogo”. Com este escopo, o projeto Mediação de Conflitos Escolares, da comarca de Braço do Norte, em Santa Catarina, tem sido “um meio de diálogo e de reencontro interpessoal” que auxilia a comunicação e resolução dos Conflitos entre os alunos, além de formar, desde 2011, jovens mediadores para atuar no ambiente escolar.⁷⁸¹

Lima⁷⁸² concluiu não ser fácil mudar a cultura adversarial que se perpetuou ao longo dos séculos na Sociedade brasileira, “mas é preciso e urgente que isso seja feito, a começar pela alfabetização emocional de nossas crianças”. Romper com esse paradigma aparenta ser um desafio não apenas dos operadores do Direito, mas de toda a Sociedade.

De outra vertente, vale destacar o que Faria⁷⁸³ também considera adequado ao estudo jurídico. Para ele, “como decorrência da complexidade socioeconômica, necessidades práticas dos advogados, juízes e promotores têm exigido novos graus de especialização funcional e técnica em sua formação profissional”, e estes graus de formação requerem conhecimentos não apenas extradogmáticos como também extrajurídicos. O autor acredita que uma nova cultura jurídica exige esta reflexão multidisciplinar “capaz de desvendar as relações sociais subjacentes às normas e às relações jurídicas, e de fornecer aos juristas não apenas novos métodos de trabalho mas, igualmente, informações novas e/ou reformuladas”, entendendo que estas mudanças podem acontecer sem grande rigor metodológico, “mediante uma reflexão cuidadosa em torno do tipo de direito ensinado em nossas escolas, formos capazes de discutir a função social do jurista, o caráter instrumental

⁷⁸⁰ MOURA, Adelaide Maria Martins. Uma nova ordem social. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 124.

⁷⁸¹ Projeto Mediação Jovem. Disponível em: <https://mediacaojovem.wordpress.com/page/12/>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁷⁸² LIMA, Alessandro de Souza. **Projeto OAB Concilia**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/cachoeirapaulista/assistencia-judiciaria/OAB-Concilia/Projeto-OAB-Concilia>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷⁸³ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. *In*: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 10.

da dogmática jurídica e as influências ideológicas na formação do conhecimento”⁷⁸⁴.

Dos dados colhidos, parece correto sustentar que é evidente a ausência de uma política educacional na formação dos operadores jurídicos e de aperfeiçoamento dos profissionais da área jurídica, no sentido da difusão dos meios consensuais de solução de conflitos.

3.3.3 Política Nacional de Incentivo às vias alternativas de Pacificação Social

Não é novidade que a prestação jurisdicional no Brasil não está adequada às demandas da Sociedade. A variedade de Conflitos de configurações diversas parece requerer, antes de tudo, uma boa estruturação do Poder Judiciário, a fim de que possa corresponder de maneira adequada – quantitativa e qualitativamente – às exigências dos Conflitos.⁷⁸⁵ Nessa convivência contemporânea agitadas por influências globalizantes, cada vez mais complexos.

Como já defendido antes, o Acesso à Justiça é constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88). Sob esta premissa, Mazzilli⁷⁸⁶ aponta que “dentre os valores fundamentais da sociedade o acesso à Justiça é dos mais relevantes [...] trata-se de um dos valores fundamentais da própria democracia a preocupação com que a Justiça seja efetivamente acessível a todos”.

Watanabe⁷⁸⁷ explica que o princípio do Acesso à Justiça não pode ser estudado nos “acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”, pois “não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa”⁷⁸⁸, independentemente da via eleita. Assim, a busca ao Judiciário é garantia legítima e

⁷⁸⁴ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. *In*: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 16.

⁷⁸⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 132.

⁷⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

⁷⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 100.

⁷⁸⁸ WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. v.86. p. 76-88. jan./fev./mar. 2011.

via ordinária. No entanto, a utilização de Meios Alternativos pode e parece apropriado que seja opcional e complementar ao sistema ordinário atualmente em vigor.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Antônio Cézár Peluso⁷⁸⁹, no ano de 2010, em seu discurso de posse à Presidência da Corte, já revelava ser tempo de “incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos [...] oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos”. Em outros termos, assentou a necessidade de “institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados”.

Ao tratar da questão ora estudada, Nalini⁷⁹⁰ destaca a contribuição prestada pelo Tribunal de Justiça de Paris na propagação de informações aos seus cidadãos e usuários. Naquela Corte, segundo o autor, é comum que os populares recebam “uma série de folhetos ensinando a litigar ou a obter os melhores préstimos da justiça”. Em acesso ao sítio eletrônico daquele Tribunal⁷⁹¹, desde logo se encontram *links* que levam a explicações claras e sintéticas acerca dos mais diversos tipos de procedimentos, dentre eles, sobre a Mediação familiar.

Andrews⁷⁹² também comenta que, na Inglaterra, “os protocolos que antecedem a ação disciplinam o processo da negociação, que visa à realização de acordos antes do começo do processo”.

Nalini⁷⁹³ acentua que “a informação institucional a respeito do serviço público da justiça praticamente não existe no Brasil. Há necessidade de informação

⁷⁸⁹ PULOSO, Antônio Cézár. Discurso de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_na_Presidencia_Min_Cezar_Peluso.pdf

⁷⁹⁰ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85. Primeira edição em: 1994.

⁷⁹¹ COUR D' APPEL DE PARIS. Disponível em: <http://www.ca-paris.justice.fr/index.php?rubrique=12533&ssrubrique=12534>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁷⁹² ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. p. 240. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*.

⁷⁹³ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85. Primeira edição em: 1994.

ao destinatário, mediante fornecimento de todos os detalhes que viabilizam [ou não] o ingresso ao Judiciário”.⁷⁹⁴

Parece certo que, ainda hoje, no Brasil, a carência de uma política de difusão e informação que albergue toda a Sociedade acerca do pluralismo das vias de resolução de Conflitos constitui-se como um dos elementos que cooperam para a busca ao Poder Judiciário como única opção. A prerrogativa de se optar pelo Poder Judiciário ou pelos mecanismos extrajudiciais revela-se mitigada pela falta de conhecimento dessas iniciativas não adversariais ou extrajudiciais, porquanto para que se possa escolher genuinamente um mecanismo de pacificação, parece ser imprescindível haver informação suficiente.

O brasileiro tem Direito constitucional à informação (art. 5º, inciso XXXIII da CRFB/88) e, como disse Morello⁷⁹⁵, “el acceso cierto a la información constituye la verdadera entrada a la posición o emplazamiento de cada uno. Es la guía de los derechos con que se cuenta y, fundamentalmente, de sus límites”. O autor sugere que todos os estudos empregados e todas as técnicas desenvolvidas pelos operadores jurídicos não serão aproveitados se, contrariamente, os destinatários (consumidores) de todo o arsenal jurídico não souberem da existência ou do alcance de seus direitos e a forma de como tutelá-los.

Calmon⁷⁹⁶ se posiciona dizendo que todos os meios de solução dos Conflitos devem ser amplamente difundidos e a sua propagação realizada em linguagem acessível a todos, de forma não tecnicista. Para ele, o tema deve ser tratado de maneira simples “tudo para alcançar não somente o homem erudito, mas igualmente ao ser humano simples, ou simplesmente, para alcançar o ser humano, ainda que ele esteja representando a maior e mais complexa sociedade comercial”.

⁷⁹⁴ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85. Primeira edição em: 1994.

⁷⁹⁵ “o acceso cierto a la información constitui a verdadeira entrada à posição ou colocação de cada um. É o guia dos direitos com que se conta e, fundamentalmente, de seus limites” (Tradução livre do autor da Tese). MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuestos de la participación. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 166.

⁷⁹⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 198.

Manzi⁷⁹⁷ concorda com estas visões, ao afirmar que “a excessiva distância, o uso de jargões técnicos, a rispidez, a prepotência costumam causar efeito adverso, [...] dificultando a prática de atos ou até induzindo erros”. Afirma, ainda que “o excessivo tecnicismo conduz à incompreensão e a respostas errôneas”. Contudo, pondera que “o extremo oposto, a excessiva licenciosidade, contribui para o descrédito da justiça e para a imperfeita realização dos atos”, há que se manter um equilíbrio.

Seguindo o mesmo raciocínio, Pinho⁷⁹⁸ adverte que seja apregoada uma “grande e prolongada campanha de esclarecimento à população”, para que não se permita que sejam geradas falsas expectativas e nem criadas grandes desconfiças quanto aos institutos alternativos. Para ele, “é preciso, pois, a adoção de uma política de racionalização na prestação jurisdicional”.

Não se descarta do fato de que algumas iniciativas do próprio Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça, bem como instituições privadas têm motivado a busca por alternativas, dentro e fora do Poder Judiciário, no intuito de combater a atual crise neste poder essencial. Contudo, Watanabe⁷⁹⁹ observa que, afora os esforços adotados por alguns setores para a utilização dos Meios Alternativos, “não há uma política nacional abrangente, de observância obrigatória por todo o Judiciário Nacional, de tratamento adequado dos conflitos de interesses” e afirma que as experiências com os mecanismos alternativos de pacificação têm sido “esparsas, sem critérios uniformes para a capacitação, treinamento e atualização dos mediadores/conciliadores”. Para o autor, “há necessidade de estabelecimento de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que dê um mínimo de organicidade, qualidade e controle à sua prática”.

⁷⁹⁷ MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

⁷⁹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_cadern. Acesso em: 20 abr. de 2015.

⁷⁹⁹ WATANABE, Kazuo. Revista de Direito. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. v.86. p. 76-88.

Na mesma linha, Calmon⁸⁰⁰ entende que “em que pese serem louváveis e necessárias todas as tentativas de melhorar a prestação jurisdicional, percebe-se claramente que vêm sendo realizadas ao acaso, fruto, à vezes, de heróicas iniciativas pessoais”. Para o autor, o sucesso de qualquer dessas iniciativas de aprimoramento do judiciário depende de uma boa estruturação: planejamento e coordenação; a ausência destas estruturas de controle provocaria um desgoverno, “superposição de tarefas e desperdício de energia, tendo como resultado final o descumprimento do escopo maior, que é a solução de conflitos”.

Assim, ao se considerar que a realidade brasileira apresenta uma situação de ausência de coordenação e planejamento das atividades judiciais e também das medidas alternativas, é que se cogita uma política nacional de incentivo aos mecanismos alternativos de pacificação de Conflitos⁸⁰¹.

Vaz⁸⁰² propõe que, além de uma mudança cultural, é necessário que a administração pública e os usuários da Justiça revejam suas orientações, “criando também políticas institucionais de incentivo e incremento [...] precisam preparar seus quadros funcionais [...] para enfrentar essa nova realidade que se apresenta como via inequivocamente mais racional e democrática”, para a solução dos litígios.

Em entrevista dada à Revista Justiça e Cidadania, o Ministro do Superior Tribunal Militar, José Barroso Filho⁸⁰³, acentuou algumas medidas políticas necessárias para a modificação, ainda que paulatina, do atual cenário da cultura demandista:

- estímulo às formas de solução extrajudicial de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem;
- aperfeiçoamento da atuação das Agências Reguladoras de Serviços Públicos, de modo a se evitar que muitas questões relativas à prestação de serviços cheguem ao Judiciário;

⁸⁰⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 198.

⁸⁰¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 198.

⁸⁰² VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

⁸⁰³ BARROSO FILHO, José. O Direito é um instrumento de paz e justiça. **Revista Justiça e Cidadania**. Rio de Janeiro, n. 173. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2015/01/o-direito-e-um-instrumento-de-paz-e-justica/>. Acesso em: 30 abr. de 2015.

- incremento da edição de Súmulas Administrativas por parte da Advocacia-Geral da União (AGU), de modo a não mais se dar seguimento a questões pacificamente decididas pelo Judiciário;
- racionalização da legislação processual, tendo em vista que o exagerado número de recursos e incidentes postergam a solução definitiva dos litígios, situação que não pode ser imputada aos magistrados, considerando que essa pleora de recursos está prevista em lei;
- adequadas condições de trabalho, muitas vezes comprometidas em face das constantes restrições orçamentárias e do desequilíbrio de meios e de pessoal entre a primeira e a segunda instância;
- melhor tratamento das questões “puramente de Direito” nos processos seriais (repetidos aos milhares), a fim de que possam ser decididas de forma mais célere, de modo a se evitar a repetição de inúmeras ações com o mesmo questionamento jurídico;
- desjudicialização das execuções fiscais;
- extinção da Competência Delegada em relação às Ações Previdenciárias e Executivos Fiscais, que tanto sobrecarregam a Justiça Estadual, sem qualquer compensação pelos recursos materiais e humanos despendidos;
- monitoramento das causas que ocasionam repetidas ações judiciais; e
- criação de um Gabinete de Ação Integrada, que promova uma sinergia entre os Três Poderes, de maneira a adotar prontas e eficazes medidas em prol de uma Justiça mais célere e próxima ao cidadão.

Calmon⁸⁰⁴ também revela algumas propostas preliminares de alguns componentes que poderiam fazer parte da política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição:

- estudos sobre o fenômeno da cultura de conflitos (pesquisas sociológicas) bem como sobre o funcionamento e êxito das atuais alternativas;
- planejamento de um sistema de mecanismos para a obtenção da autocomposição, fixando seus limites e seus responsáveis;
- cooperação entre os seguimentos da sociedade que devem participar do sistema (segundo os papéis adiante formulados);
- elaboração de propostas legislativas;
- formação constante dos operadores da autocomposição;
- realização de debates e simpósios, com vistas à difusão da cultura da autocomposição;
- cooperação com o sistema de ensino brasileiro, para a difusão dos temas relacionados; e
- avaliação permanente do sistema de solução dos conflitos.

⁸⁰⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 198.

Como antes já mencionado no presente estudo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) já lançou, em âmbito nacional, uma política de incentivo à autocomposição, visando incentivar as práticas que envolvam os Meios Alternativos (Negociação, Mediação, Conciliação e processo restaurativo). A iniciativa se manifesta por meio da já citada Resolução n. 118/2014⁸⁰⁵, a qual considera, dentre outros aspectos, que os mecanismos alternativos acima citados “são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização”, bem como “têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento”.

Como já tratado com maior profusão neste trabalho, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 125/2010, tem posto em prática sua política judiciária nacional de incentivos às formas autocompositivas, entretanto, como asseverou Calmon⁸⁰⁶, “a resolução do CNJ que cuida especificamente da conciliação e da mediação no âmbito do Poder Judiciário é de Extrema importância, mas guarda limitação óbvia, pois trata apenas do Poder Judiciário”.

Azevedo⁸⁰⁷ analisa com bons olhos a Resolução n. 125/2010 e acredita que “nesse contexto, espera-se que nos próximos anos a atividade primária do Poder Judiciário passe a ser harmonizar ou pacificar por intermédio de ações comunicativas, conciliatórias ou consensuais”, porquanto os índices de acordo têm se elevado progressivamente. Para o autor, quando mais de 50% (cinquenta por cento) dos feitos passarem a ser resolvidos pelos Meios Alternativos de resolução de disputas, será possível afirmar que “efetivamente a atividade principal de resolução de disputas perante o Poder Judiciário brasileiro é a autocomposição”. Para isso aconteça, Azevedo propõe que “o planejamento sistêmico deve voltar-se a estimular de forma mais abrangente os meios consensuais de resolução de

⁸⁰⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118 de 1º de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118?highlight=WyJyZXNvbHVjYW8iLDEwOCwicmVzb2x1Y2FvIDExOCJd>. Acesso em: 29 abr. 2015.

⁸⁰⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 204.

⁸⁰⁷ AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 15.

disputas” e afirma que “este é o espírito da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – estimular operadores do direito a compreenderem que um dedicado magistrado não é necessariamente aquele que muito sentencia, mas sim o que muito resolve”.

Ribeiro⁸⁰⁸ observa “a função executiva deve promover a efetividade através da garantia dos meios estruturais adequados para que a Justiça possa ser eficaz, evitando, com isso, que suas carências possam repercutir nos consumidores do Direito”. Calmon⁸⁰⁹ também concorda que é preciso que seja desenvolvida uma política pública em todos os setores do Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Por certo, parece apropriada a manifestação de Moreira Neto⁸¹⁰, no sentido de que a consensualidade “não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, representa uma mudança substancial nas prioridades de atuação, prestigiando o que hoje [...] se vem denominando de parceria entre ele e a sociedade.”

Conforme Grinover, “só a existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais ajustados à natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, [...] a *nova mentalidade* tão almejada seja efetivamente uma realidade”. Dessa forma, “ao invés do *paternalismo do Estado*” poderia-se criar “uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de solução dos conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.”⁸¹¹

3.3.4 A necessária mudança de hábitos

As reconhecidas deficiências do Poder Judiciário têm sido amplamente discutidas nos mais diversos meios, em especial, em ambiente acadêmico. Ao se tratar de toda a crise enfrentada por este Poder, diversas medidas são colocadas em

⁸⁰⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80.

⁸⁰⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 204.

⁸¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998.

⁸¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Vol. II. Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 62.

xeque e a aspiração por uma mudança cultural parece emergir de maneira ainda mais acentuada. Como disse Dallari⁸¹², no “Judiciário existem enormes inadequações, muitas das quais incorporadas como tradições intocáveis”, que vão “desde as insuficiências na formação dos juízes, que devem ser debitadas aos cursos jurídicos mas são agravadas pela acomodação dos próprios juízes [...], até os vícios institucionais que lhe dão a imagem de lento, formalista, elitista”.

Silva⁸¹³ pondera que “não há sociedade humana isenta de crise, assim como não se pode conceber a História sem transformações e mudanças sociais permanentes”. Portanto, “do ponto de vista do sujeito, a consciência da crise é já o prenúncio de que o espírito humano prepara-se para superá-la, na medida em que rompe com o imobilismo provocado pela ilusão dogmática.”

Alguns dos defensores do já falado progresso cultural, ainda que uniformes quanto à necessária mudança de mentalidade, permanecem resistentes quanto à quebra de alguns dogmas que permeiam o Judiciário. Por conta disto, a convergência do predominante posicionamento social – que prestigia a adjudicação da Sentença –, para um novo caminho não adversarial dependerá, ao que parece, não apenas da adição de novos valores sociais, como também do rompimento de alguns paradigmas culturais.

Kuhn⁸¹⁴ conceitua “paradigmas” como sendo “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. E, desde que os paradigmas permaneçam seguros, “eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo sem qualquer tentativa de racionalização”.

Merece referência a postulação de Santos⁸¹⁵ ao manifestar que “a

⁸¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

⁸¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 166.

⁸¹⁴ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6.ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2001. p. 13. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

⁸¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 61. Título Original: *Toward a New Common Sense: Law,*

racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”. Os paradigmas que dominam a Sociedade, dificilmente são revertidos pelo caráter totalitário empregado pela contemporaneidade.

Neste ponto, importante dizer que o presente estudo não propõe a ideia de que a maior utilização dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos – isoladamente considerada – seja o fato determinante para que haja uma efetiva mudança das predisposições culturais já existentes, no sentido do uso do poder adjudicante como *prima ratio*. Pacere certo que a quebra de paradigmas é algo muito mais amplo e complexo e que envolve diversos outros fatores para que isso aconteça, como algumas das iniciativas da administração pública aqui já tratadas. Assim, neste relatório, o sentido adotado para o uso da palavra “paradigma” diz respeito meramente ao seu sentido etimológico (do grego, *paradeigma*): “modelo”, “padrão”.

No Brasil, alguns posicionamentos vêm sendo adotados como paradigmas anacrônicos; não bem racionalizados e empregados sem questionamentos. Como bom exemplo a ser dado acerca de padrões sociais arraigados está a resistência da composição por parte da Fazenda Pública, legitimada pela submissão ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

De fato, a indisponibilidade do interesse público é questão que não se discute. Todavia, o tema não deve ser avaliado de maneira generalizada e simplista. Talamini⁸¹⁶ afirma que “a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões”. Até porque “a indisponibilidade do interesse público não veda o reconhecimento dos interesses legítimos, nem a renúncia a determinadas posições jurídicas quando não se revelem

Science and Politics in the Paradigmatic transition. Primeira edição em: 1995.

⁸¹⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 128, ano 30, p. 59-77, out. 2005.

a este lesivas.”⁸¹⁷

Vaz⁸¹⁸ repudia a recalcitrância da Fazenda Pública em formalizar acordos. Para ele, em muitos casos, os ajustes endo e extrajudiciais são muito mais benéficos e menos onerosos à Administração, já que os juros pagos em decorrência do insucesso das demandas oneram a coletividade e poderiam ser evitados. Entende que “por qualquer ângulo que se examine a questão, vai-se concluir que o custo-benefício da manutenção de certas demandas, como as previdenciárias, por exemplo, é mais negativo aos cofres públicos do que a adesão aos programas de solução consensual”⁸¹⁹.

A propósito, por demanda do Conselho Nacional de Justiça, entre os anos de 2009 e 2011 o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) executou o projeto de pesquisa denominado Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal da União⁸²⁰, com a finalidade de determinar qual o tempo e o custo de tramitação das ações de execução fiscal na Justiça Federal. A partir da base de dados juntados neste período, deduziram-se os seguintes resultados:

Conforme os resultados apresentados, pode-se afirmar que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%. Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o breaking even point, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45. Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial.

Ressalva-se, aqui, que não se desconhece que o sistema normativo permite Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) – a exemplo do que estabelece o art. 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), do art. 113, do Código de

⁸¹⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

⁸¹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

⁸¹⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

⁸²⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 15 set. 2015.

Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), do art. 211, do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069/90) entre outras regulamentações – para transigir extrajudicialmente. Entretanto, a prática demonstra que, em âmbito judicial, quando o processo já foi instaurado (pelo cidadão comum ou em face dele), ainda que legislação específica autorize, há certa indisposição da Fazenda Pública na realização de acordos, com esteio nos fundamentos acima lançados, notadamente, no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Outro paradigma a ser enfrentado parece ser o entendimento plasmado de que apenas o Processo Judicial é instrumento assegurador da pretensão de resolução do dissenso judicializado. Pensa-se que um acordo não poderá atingir o seu fim tão bem quanto o Processo Judicial. Oportuno, neste ponto, observar as ponderações de Martins⁸²¹ sobre a resolução alternativa de Conflitos, que a autora denomina apenas RAC. Para ela, “a RAC é um espaço apropriado e fértil para promover o aumento da cientificidade na esfera do Direito. A *mensagem* da RAC para o Direito faz a latência de seu significado como valor alternativo”.

Pondera-se, não se pode acreditar que a utilização destes mecanismos alternativos diminuirá a importância do Poder Judiciário, via de consequência, do próprio Estado. Presume-se, o inverso ocorrerá, na medida em que o Estado alargar de forma eficiente a Efetividade de seus serviços, melhor atendendo o Bem Comum, incorporando ao seu sistema esses mecanismos não adversariais. Como disse Nalini⁸²², “não haverá redução de importância do Judiciário se ele ceder espaço para novas fórmulas de composição, reservando-se para as grandes questões e para temas macrocriminais”. Para ele, a opção por estas vias reduzirá a impunidade, “a sensação de impotência do vulnerado em seus direitos e sinalizando à sociedade qual o norte a ser seguido na pacificação dos conflitos.”

Nesse contexto, alguns dogmas precisam ser enfrentados para que se possa efetivamente difundir uma cultura de pacificação não adversarial. Como disse

⁸²¹ MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito: complexidade, caos e pedagogia**. 2.reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 316. [grifo no original].

⁸²² NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85. Primeira edição em: 1994.

Calmon⁸²³, “deve-se pôr em terra os mitos que foram erigidos em milênios de cultura, eis que não atendem às reais necessidades, senão aos olhos retrógrados e reacionários.” O que se espera do Judiciário, consoante Dallari⁸²⁴, “é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direito.”

Por fim, sopesa-se, com Cabral⁸²⁵, que “somente a persistência dos tribunais no incremento dessas formas de pacificação social e a valorização da solução de conflitos por autocomposição de parte das instituições de ensino poderão conduzir a um processo de superação dessa realidade.”

Considerando o atual momento de crise que ultrapassa o terreno interno de funcionamento do Poder Judiciário, alcançando outras esferas de atuação do Estado, segundo os dados relatados, parece ser possível sustentar que outros caminhos devem ser trilhados no que diz respeito aos mecanismos processuais de enfrentamento e de apaziguamento dos dissensos, caminhos esses que incorporem criatividade e participação dos próprios envolvidos, a fim de que o serviço judiciário possa cumprir uma Função Social, tema a ser abordado na sequência do presente estudo.

Como disse o escritor e humorista Mark Twain⁸²⁶, “old habit of mind is one of the toughest things to get away from in the world. It transmits itself like physical form and feature; and for a man [...] to have had an idea that his ancestors hadn't had, would have brought him under suspicion of being illegitimate”.

⁸²³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 171.

⁸²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

⁸²⁵ CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: TJRS, 2013. p. 81.

⁸²⁶ “Um velho hábito da mente é uma das coisas mais difíceis de se afastar no mundo. Transmite-se como a forma física de funcionalidade; e para o homem [...] ter tido uma ideia que seus antepassados não tinham tido, teria trazido suspeita de ser ilegítimo”. TWAIN, Mark. **Connecticut Yankee in King Arthur's Court**. California: Library of Congress, 1984. p. 210. Primeira edição em 1889.

CAPÍTULO 4

FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO E DO DIREITO

Neste capítulo, abordam-se fundamentos relacionados à Função Social do Estado Contemporâneo, partindo-se de uma análise propedêutica da função e da Justiça Social, passando pela função social do Direito, do Processo e dos Operadores do Direito, para então chegar-se ao tema propositivo da Tese: a possibilidade da concretização da Função Social do Estado Contemporâneo com o uso dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos.

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL

4.1.1 Considerações iniciais

Em seus estudos, Kelsen⁸²⁷ concluiu que “toda função definida pela ordem jurídica pode ser atribuída ao Estado como personificação desta ordem jurídica. [...] Com isso, nada mais se diz senão que a função está determinada na ordem jurídica.” Para ele, em conformidade com a tradicional teoria do Estado, as funções atribuídas ao ente soberano são divididas “em três categorias: legiferação, administração (incluindo a governação) e jurisdição.” E todas são “funções jurídicas, quer sejam funções jurídicas no sentido estrito de funções de criação e aplicação do Direito, quer sejam funções jurídicas num sentido mais amplo que também inclui a função de observância do Direito.”

O Direito, consoante Grinover *et al*⁸²⁸, “a partir da regulamentação de condutas, de forma deôntica, visa estabelecer os limites do próprio Direito e ordenar a sociedade”, de forma a minimizar as controvérsias e promover o bem comum, a que os autores denominam Pacificação Social.

A realização do bem comum, que é, como leciona Reale⁸²⁹, uma

⁸²⁷ KELSEN, Hans, **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 199, 205. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁸²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25.

⁸²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed São Paulo: Saraiva, 1999. p. 275-276.

“constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade”, vê-se frustrada se o sistema social não oferece mecanismos capazes de efetivá-la.

Nessa esteira, consoante Ullman⁸³⁰, “para a realização do bem comum, que se identifica com o bem das pessoas, existe uma subordinação real da pessoa ao Estado (*polis*)”, que tem a incumbência de exigir dos cidadãos “o cumprimento das leis promulgadas em prol do bem de todos.” E o Estado, descrito por Kelsen⁸³¹ “como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito” detém este poder.

Lopes e Valiati⁸³² observam que no Estado republicano, diferentemente de regimes como a monarquia ou o despotismo, “o poder está a serviço do bem comum” e “impõe-se a necessidade de sacrificar as vantagens privadas em busca de um interesse coletivo numa vida republicana.”

No plano jurídico, a função social, conforme ponderações de Carvalho⁸³³, “é a qualidade e a atribuição dos seres, das coisas, dos objetos, dos bens, institutos e instituições, organismos e organizações”. Em consonância com as afirmações de Kelsen, prossegue Carvalho afirmando que a estes organismos “a norma jurídica atribui uma missão de ser e representar para alguém que delas é titular e para aqueles que estão ao seu redor e que participam direta ou indiretamente de seus efeitos.”

Nesse pensar, sopesa-se, com Pasold⁸³⁴, que “à Função Social compete servir não só como grande estímulo ao progresso material, mas, sobretudo à valorização crescente do Ser Humano, num quadro em que o Homem exercita sua

⁸³⁰ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 63.

⁸³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 274, 277. Título original: *General theory of Law and state*.

⁸³² LOPES, Ana Paula; VALIATI, Thiago Priess. O republicanismo entre a felicidade e a justiça. *In*: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito, felicidade e justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 220.

⁸³³ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 118.

⁸³⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 53. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

criatividade para crescer como Individuo e com a Sociedade.” Nessa constante, inicia-se uma análise etimológica do vocábulo ‘função’ para se compreender a expressão ‘função social’.

4.1.2 Função Social: uma análise etimológica

Gama *et al*⁸³⁵ registram que a palavra função é derivada “do latim *functio*, do verbo *fungor* [...] cujo significado é de cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar.”

De acordo com o dicionário eletrônico Michaelis⁸³⁶, a palavra “função” deriva do latim *functione* e alguns de seus significados, importantes para o presente trabalho, são: “ação natural e própria de qualquer coisa; atividade especial, serviço, encargo, missão; ação natural e característica de qualquer faculdade mental.” Já o conceito sociológico trazido pelo dicionário é de “contribuição que um elemento cultural presta para a perpetuação de uma configuração sociocultural”.

Abbagnano⁸³⁷, em seu “Dicionário de Filosofia”, registra que a palavra “função” possui duas significações fundamentais, sendo uma de “relação”, voltada à ciência matemática, e outra de “operação”. Esta última, com grande relevância para este estudo, é definida por meio dos conceitos de filósofos clássicos. Para Platão, “o termo corresponde à palavra grega *ergon*” e é empregado para dizer que a função dos olhos é ver; a dos ouvidos, ouvir e “que cada virtude é uma [função] de determinada parte da alma [...], nesse sentido, é a operação própria da coisa, no sentido de ser aquilo que a coisa faz melhor do que as outras coisas”. Com aplicação idêntica, o termo foi utilizado por Aristóteles, em “Ética a Nicômaco”, no sentido de procurar descobrir qual é a função “ou a operação própria do homem como ser racional”, insistindo “no caráter finalista e realizador da função” como o fim.

⁸³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Função social no Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3-4.

⁸³⁶ MICHAELIS. **Dicionário de português online**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fun%E7%E3o>. Acesso em: 29 abr. 2015.

⁸³⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 472. Título original: *Dizionario di filosofia*. Primeira edição em 1960.

Prossegue Abagnano⁸³⁸ informando que “essa palavra é usada freqüentemente com esta significação tanto na linguagem científica quanto na comum.” Registra que em Filosofia, Kant definiu função como “os conceitos que se baseiam na espontaneidade do pensamento, assim como as intuições sensíveis se baseiam na receptividade das impressões”. Dito de outra forma, os conceitos seriam função por serem atividades, operações. Assim, a função “conceptual é definida por Kant como ‘unidade do ato de ordenar diversas representações sob uma representação comum’”.

No campo do Direito, a palavra função “adquiriu relevância com o já conceituado neste estudo Estado de Direito Democrático.”⁸³⁹ Enquanto a função social “pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente”. Na acepção de Passos, “relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a.”

Já o adjetivo “social”⁸⁴⁰, em italiano “sociale”, significa aquilo “que pertence à sociedade ou tem em vista suas estruturas ou condições. [...] 2. Que diz respeito à análise ou ao estudo da sociedade. [...] Em especial, a expressão ciências [sociais] designa o conjunto das disciplinas sociológicas, jurídicas”.

Segundo Arnaud⁸⁴¹, da interação “entre o direito e o sistema social [...] pode-se definir o conceito de ‘função’ como sendo a contribuição de uma parte (órgão) ao todo (organismo). Considera-se o sistema social, portanto, como uma totalidade orgânica”.

⁸³⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 472. Título original: *Dizionario di filosofia*. Primeira edição em 1960.

⁸³⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>. Acesso em: 5 nov. 2014.

⁸⁴⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 472. Título original: *Dizionario di filosofia*. Primeira edição em 1960.

⁸⁴¹ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Título original: *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Primeira edição em: 1998. p. 139-140.

No dizer de Comparato⁸⁴², fazendo-se uma “análise institucional do direito, [...] usa-se do termo função para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas.”

Pasold⁸⁴³, por seu turno, considera que “são muitas as classificações propostas para determinar as diversas funções exercidas pelo Estado”. Nessa mesma perspectiva, Arnaud e Dulce⁸⁴⁴ ponderam não haver um conceito único de ‘função’, pois este “depende mais da concepção epistemológico-social do que da adoção de um ponto de partida”. Para os limites deste estudo, analisar-se-á a “função social dos órgãos de um sistema social”, que “é necessariamente o resultado estrutural de uma relação de causa e de efeito.”⁸⁴⁵

Adentrando na análise da Função Social do Estado Contemporâneo, fundamenta Pasold⁸⁴⁶ que esta “deve irradiar por toda a estrutura e desempenho do Estado, determinando o exercício dos seus Poderes, a composição e o acionamento de seus órgãos no cumprimento das respectivas funções”; e complementa: “é, enfim, uma Função que deve atentar e cumprir sempre aos legítimos interesses da Sociedade, sem discriminações ou preconceitos.”

A Função Social proposta por Pasold⁸⁴⁷ para o Estado Contemporâneo destina-se à realização da Justiça, “sobretudo a Justiça Social”, tema a ser abordado na continuidade deste trabalho.

4.1.3 A Justiça Social

⁸⁴² COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos tribunais**, ano 85, v.732, out. 1996. p. 40.

⁸⁴³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 48. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁸⁴⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 139.

⁸⁴⁵ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 68.

⁸⁴⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 50. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁸⁴⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 53. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

A categoria “Justiça Social”, consoante Ullmann⁸⁴⁸, tem origem no século XIX, “devido aos excessos do capitalismo liberal, que quase sempre instrumentalizava o homem e desrespeitava o cumprimento dos contratos de trabalho, negligenciando, assim, os postulados mais profundos e amplos das necessidades do ser humano”.

O sociólogo francês Touraine⁸⁴⁹ corrobora dizendo que “esta associação da democracia e do movimento operário tirou de cena a filosofia da história, liberal ou revolucionária, e colocou cada vez mais em primeiro plano a ideia de justiça social e de dignidade humana”.

Para Ullmann⁸⁵⁰, “a justiça social [...] é a virtude que incumbe aos indivíduos e aos grupos e os obriga aos atos mais conducentes ao maior bem comum”, sendo ela um instituto maior, no qual estão contidas as Justiças distributiva, legal e comutativa. E “a justiça social é o princípio dinâmico que impele os homens a tornarem a organização da sociedade sempre conforme às exigências do bem comum.”⁸⁵¹

Corroborando com esta ideia, colaciona-se a acepção de Reale⁸⁵² de que a Justiça pode ser identificada “com o bem comum”. Importante mencionar, por oportuno, sua observação quanto ao uso do vocábulo Justiça, “palavra que se invoca tão freqüentemente sem se cuidar carinhosamente de seu significado autêntico, sem se indagar de sua rigorosa projeção estimativa. O bem, enquanto coletivo e essencial à sociedade, é o que denominamos justo ou justiça.” Assim, “justiça se reduz à realização do bem comum, ou, mais precisamente: é o bem comum *in fieri*, como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade.” Para Reale⁸⁵³, “justiça quer dizer, então, ordem social justa.”

⁸⁴⁸ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 68.

⁸⁴⁹ TOURAINE, Alain. **Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático**. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1988. p. 43. Título Original: *Can we live together?: Equality and Difference*.

⁸⁵⁰ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 68.

⁸⁵¹ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 69.

⁸⁵² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 272-273.

⁸⁵³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 275-276.

“O objeto da justiça situa-se no direito (*ius*) do outro”, como assevera Ullmann⁸⁵⁴, e este “outro pode ser o indivíduo ou a sociedade, a qual constitui um prolongamento da pessoa, cabendo a ambos postular e reivindicar o que, por direito, se lhes deve”.

Se o ideal da vida em Sociedade é a “redução dos conflitos sociais”⁸⁵⁵, coaduna-se, com Ullmann⁸⁵⁶, que “da justiça social resulta a harmonia entre os homens”, pois aquela “obriga não somente a cada pessoa, mas a todos, em união solidária, a colaborar para que todos os homens alcancem a realização das suas justas aspirações [e] isso é sinal de uma sociedade justa.”

Nesse pensar, oportuno retornar à lição de Kelsen⁸⁵⁷, para quem “a convivência de seres humanos é caracterizada pelo fato de que sua conduta recíproca é regulamentada. A convivência de indivíduos, em si um fenômeno biológico, torna-se um fenômeno social pelo próprio fato de ser regulamentada.” O autor ensina que esta regulamentação é “fundamental para a vida social”, pois “consiste em associar a conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções.”

Ainda, consoante Kelsen⁸⁵⁸, o homem, na eterna busca pela felicidade/Justiça, não podendo encontrá-la isoladamente, “procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”. Mas “o estado atual da ciência social não nos permite, ainda, uma compreensão clara do nexos de causalidade entre os fenômenos sociais” de forma a poder se afirmar, com precisão, “quais os meios mais apropriados para a realização de determinados fins sociais.”

⁸⁵⁴ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 62.

⁸⁵⁵ MAGANO, Octavio Bueno. Autocomposição e tutela. In: FREDIANI, Yone; DA SILVA, Jane Granzoto Torres. **O direito do trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. p. 109.

⁸⁵⁶ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 71-72.

⁸⁵⁷ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 225-226. Título original: *What is justice*.

⁸⁵⁸ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2-9. Título original: *What is justice*.

Pensando com Bilbeny⁸⁵⁹, a Justiça é uma parte irrenunciável do Direito à felicidade. Desde a Grécia Antiga, os filósofos esforçam-se para explicar a relação entre uma e outra. “Platón, en *La república* (612b – 613e), demuestra que quien es justo es por eso mismo feliz”. Tempos depois, Aristóteles escreveu que a Justiça é a disposição em exercer aquelas ações que “producen y conservan la felicidad, y sus elementos, para una comunidade política”. Já no século XX, Hans Kelsen observou “que la gente está tan interesada por la justicia porque en el fondo la justicia surge de su aspiración indestructible a la felicidad.”

Sendo a Justiça o valor próprio do Direito, e este uma criatura do Estado e/ou da Sociedade, afirma Kelsen⁸⁶⁰ que “o Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito, para que o Direito possa justificar o Estado - que cria este Direito e se lhe submete.” Nestes termos, “o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido.” E o Estado é, assim, transformado “de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito.”

Nesse sentido, “se o Estado é concebido como uma comunidade social esta comunidade apenas pode, como já acima se expôs, ser constituída por uma ordem normativa.” Por conseguinte, “a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual.”⁸⁶¹ Sendo o Estado uma entidade em constante evolução e “visto as sociedades humanas serem dinâmicas, a justiça social deve adaptar-se às circunstancias históricas concretas, conquanto a formulação do princípio permaneça o mesmo.”⁸⁶²

⁸⁵⁹ Platão, em *A república* (612b - 613e) demonstra que quem é justo é por isso mesmo feliz. [grifos no original]. [...] Produzem e conservam a felicidade, e seus elementos, para uma comunidade política. [...] que as pessoas estão interessadas pela justiça porque no fundo a justiça surge de sua aspiração indestrutível à felicidade. (Tradução livre do autor da presente Tese). BILBENY, Norbert. **Justicia compasiva**: La justicia como cuidado de la existencia. Madrid: Tecnos, 2015. p. 110-112.

⁸⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 199. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁸⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 199. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁸⁶² ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 73.

Nesse sentido evolutivo e transformador, a Justiça Social deve buscar essa satisfação social a partir do Direito, a cada tempo, observadas as necessidades da Sociedade. Em tempo presente, essas necessidades parecem apontar, dada a insuficiência das vias tradicionais, por métodos mais eficazes de solução de Conflitos.

4.1.4 A Função Social do Estado Contemporâneo

O Estado contemporâneo, no dizer de Aquino⁸⁶³, e como também já abordado no presente estudo, forjou-se a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Alemã de 1919, sofrendo “por modificações axiológicas, jurídicas, sociais, tecnológicas, econômicas, entre outras.” E nesse novo cenário, o desafio que se impõe é o cumprimento da função social deste Estado com a finalidade “de garantir e preservar condições razoáveis de vida aos cidadãos.”

Ao estudar a construção do Estado, o filósofo e economista nipo-estadunidense Fukuyama⁸⁶⁴ concluiu ser este uma instituição que o homem criou há cerca de 10 mil anos, cuja evolução, com “capacidade de prover ordem, segurança, leis e direitos de propriedade, tornou possível a ascensão do mundo econômico moderno”, de modo que, hoje, “os Estados têm uma ampla variedade de funções, para o bem e para o mal”. O autor divide o papel estatal em “o escopo das atividades do Estado” e “a força do poder do Estado”, conjecturando que as duas partes desta divisão fundem-se na ideia “do necessário e importante ao meramente desejável e opcional [...]. É claro que não existe uma hierarquia consensual de funções estatais, particularmente quando se trata de questões como redistribuição e política social”, em outras palavras, “os Estados precisam prover a ordem pública e a defesa de invasões externas antes de prover seguro-saúde universal ou ensino superior gratuito”.

⁸⁶³ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de Direito e Estado Constitucional: qual o dever de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In*: Pasold, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108.

⁸⁶⁴ FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização no século XXI**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 15-22. Título original: *State building: governance and world order in the 21st Century*. Primeira edição em: 2004.

Analisando a evolução do Estado, o jurista alemão Brugger⁸⁶⁵ pondera que o “Estado moderno ocidental talvez seja, historicamente, a mais importante organização político jurídica de proteção do bem comum”.

Dando seguimento à análise das funções estatais nos séculos XX e XXI, Fukuyama⁸⁶⁶ considera plausível a divisão feita pelo banco mundial, em 1997, ao dividi-las “em três categorias que vão de ‘mínima a ‘intermediária’ e ‘ativista’”. Na primeira estariam inclusas as seguintes funções: prover bens públicos, lei e ordem, direitos de propriedade, saúde pública, proteção aos pobres. A segunda abarcaria: cuidar de fatores externos, educação, meio ambiente, regulamentação financeira, seguro social. Já a função ativista seria a política industrial e a redistribuição da riqueza.

De outro norte, a divisão feita por Duarte⁸⁶⁷ repousa na ideia de serem funções tradicionais do Estado a protetiva e a repressiva, sendo a função social a sua razão de ser. Esta última legitimaria o Estado ao incumbir-lhe o dever de “garantir, em todos os planos, a cidadania integral dos sujeitos a ele vinculados e a de construir na esfera pública as condições, pressupostos e premissas necessários para o exercício pleno de todos os direitos”, com a valorização e “a concretização do bem comum para todos igualmente.” Mas a função social, como ressalva Aquino⁸⁶⁸, “não pode ser caracterizada tão somente como a obrigação do Estado em tornar iguais os desiguais.”

Na lição de Pasold⁸⁶⁹, a função social do Estado deve estar contida em todas as suas demais funções, pois “não há sentido na criação e na existência

⁸⁶⁵ BRUGGER, Winfried. O bem comum como conceito de integração entre segurança jurídica, legitimidade e conveniência. *In: Revista da AJURIS*, Seção doutrina estrangeira, v.34, n.106, junho 2007. p. 327.

⁸⁶⁶ FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização no século XXI**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. p. 23-25. Título original: *State building: governance and world order in the 21st Century*. 1ª edição: 2004.

⁸⁶⁷ DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de vida: a função social do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. n.41, 1994. p. 167.

⁸⁶⁸ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de Direito e Estado Constitucional: qual o dever de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In: Pasold, Cesar Luiz (Coord.). Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 108 e 114.

⁸⁶⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4 ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 25. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo”.

Neste ponto, importante anotar a concepção do sociólogo polonês Bauman⁸⁷⁰ acerca do Bem Comum, que não se pode confundir com o “sacrifício da liberdade individual, em benefício dos genuínos ou supostos ‘interesses do todo’”, mas deve-se compreender “a ideia de que a liberdade de todo indivíduo [bem como seu desfrute] requer a liberdade de todos”. Assim, a liberdade de cada um “precisa estar assegurada e garantida pelos esforços conjuntos de todos. Para cada indivíduo livre estar livre do *medo* da privação e da falta de emprego, é necessário que todos estejam livres da *genuína* privação e da falta de emprego”.

Heller⁸⁷¹, por seu turno, considera que “a função do Estado é-nos necessariamente dada por uma situação cultural e natural. Nunca é uma simples situação natural aquela que reclama a função social.” Prossegue afirmando que a função do Estado consiste “na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica”.

Para conceber a Função Social do Estado Contemporâneo, Pasold⁸⁷² parte “de um significado para a palavra função comprometido com dois elementos semânticos distintos entre si mas mutuamente complementares, quais sejam, a AÇÃO e o DEVER DE AGIR, este último resultante da natureza do agente.” Para o professor, cujos estudos inegavelmente inspiram o autor deste trabalho em relação ao tema proposto no presente estudo, esses elementos “compõem-se num quadro no qual o Poder do Estado assumirá direções fundamentais e executará as atividades necessárias à consecução de objetivos pretendidos, como efeito do dever que o Estado tem para com a Sociedade.”

⁸⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. Título original: *Postmodernity and its Discontents*. Primeira edição em: 1997.

⁸⁷¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 244-245. Título original: *Staatslehre*.

⁸⁷² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

Segundo Ramos⁸⁷³, “por sociedade, que se forma pelos conjuntos e complexos familiares, sociais e econômicos, entenda-se o grupo de indivíduos biologicamente distintos e autônomos, que se tornaram necessários uns aos outros e ao todo”. O autor supra também define o Estado como “uma ordenação institucionalizada” com a finalidade de, utilizando-se de seu poder, “regular as relações sociais entre os membros de uma certa população, sobre determinado território, a fim de proporcionar-lhes o bem comum, que é a felicidade.”

Parece possível afirmar, a partir dos fundamentos supralançados que a regulação destas relações sociais é provida pelo Direito. Neste ponto, convém mencionar a acepção de Reale⁸⁷⁴ de que “o Estado não cria direito porque essa é uma função social, uma competência inerente à própria sociedade”, porém “o Estado ou o Governo é o encarregado da execução técnica das regras normativas que se elaboram na consciência social”. O autor conclui afirmando que o Estado não detém o poder de permitir ou proibir condutas, “mas tem a função de prover a ordem social de coação jurídica.”

Por fim, coaduna-se com Carvalho⁸⁷⁵, no sentido de que quando o Estado Contemporâneo atende “aos planos estabelecidos por suas linhas mestras de atuação” ele “deve não apenas garantir direitos básicos ou mínimos aos seus cidadãos, mas garantir com plenitude o acesso aos bens e serviços que ele, Estado, como gestor da coisa pública, deve e pode proporcionar a todos”, concretizando sua precípua Função Social. Pondera-se, assim, que um serviço judiciário mais bem qualificado fará com que se concretize essa Função Social estatal.

4.2 A FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

4.2.1 Considerações iniciais

⁸⁷³ RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica: papel conciliador da jurisprudência. *In*: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 196.

⁸⁷⁴ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.

⁸⁷⁵ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61.

Na concepção de Pasold⁸⁷⁶, “é necessário e conveniente reafirmar que as peculiaridades das diversas realidades sociais devem definir os conteúdos do Sujeito, do Objeto e dos Objetivos de cada Estado.” Para tal proposta, ressalta quatro pontos importantes:

- a) a Função Social – em abstrato – para o Estado Contemporâneo, conforme exposto, diz respeito a uma fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o Bem Comum ou Interesse Coletivo, e, principalmente, com a dignidade do Ser Humano;
- b) em concreto, a Função Social haverá de consolidar-se conforme cada Sociedade e seu Estado, de acordo com a realidade, e através de ações que cumpram a sua destinação;
- c) a Função Social do Estado Contemporâneo não é concebida com uma dádiva dele mesmo; antes, constitui-se numa dinâmica que supõe e requer a cooperação social, a mobilização solidária dos componentes da Sociedade considerada, sustentando, verificando e participando do dever de agir e do agir do próprio Estado;
- d) a Função Social pressupõe uma conveniente administração da oposição entre a “atividade livre” e a “atividade regulada” na Sociedade e, entre a “atividade Autoritária e a “atividade social” no Estado.

O alicerce da função social proposta por Pasold⁸⁷⁷ para o Estado Contemporâneo está na necessidade de “colocar o Estado de forma permanente e pró ativa em função de toda a Sociedade.” Sendo esta “uma Função que se deve irradiar por toda a estrutura e desempenho do Estado, determinando o exercício dos seus Poderes, a composição e o acionamento de seus órgãos no cumprimento das respectivas funções.”

Com pensamento semelhante, Capograssi⁸⁷⁸, ao discorrer sobre as mudanças do Estado ao longo dos anos, pondera que “a nova função do Estado cria a nova estrutura” e esta função resume-se em “querer por todos”. Dessa forma, a totalidade dos problemas da vida social, outrora de competência exclusiva do indivíduo, converte-se “mais ou menos, imediata ou mediatamente, em jurisdição do Estado. A intervenção em cada problema significa que o Estado tem de querer

⁸⁷⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 52. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁸⁷⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4 ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 50-51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁸⁷⁸ CAPOGRASSI, Giuseppe. **A ambigüidade do Direito Contemporâneo**. In: CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça. Tradução e adaptação de Hiltomar Martins Oliveira. Coleção Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Líder, 2012. p. 61-64. Título original: *La crisi della giustizia*.

concretamente para todos e em cada situação.”

Essa forma de Estado, na acepção de Bruyn Jr.⁸⁷⁹, “aponta, dentre seus fins, para a preservação da vida humana em todas as suas dimensões, a incluir seu pleno desenvolvimento e felicidade”. Para ele, no Estado Democrático de Direito o agente público deve ter “por função *servir* ao interesse público e aos cidadãos”, de modo que a busca do interesse público esteja “em perfeito equilíbrio com a preservação da dignidade dos particulares”. Ressalva, entretanto, não se tratar “do interesse público considerado apenas sob o ponto de vista conceitual, de conteúdo vago e indeterminado”, mas “daquele que, na situação concreta, na aplicação do direito, [...] permite vislumbrar, com razoável clareza, os valores nela envolvidos, cuja atenção é imprescindível para o benefício da coletividade.”

Nesse aspecto, convém mencionar as ponderações de Mello⁸⁸⁰ no sentido de que “os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”. E o Direito, sendo “instrumento de controle social de que se vale o Estado para proporcionar o bem comum e a felicidade de todo o seu povo”, consoante Ramos⁸⁸¹, “é capaz de, ao mesmo tempo, distribuir justiça e oferecer segurança jurídica, que são os seus valores de maior grandeza, na conquista da paz social.”

Reale⁸⁸² leciona que se pode distinguir, “mas não separar, o estudo do bem em duas grandes órbitas: a do bem enquanto individual e a do bem enquanto social”. A par disso, Capograssi⁸⁸³ agrega a ideia de que para a sobrevivência das Sociedades, “tem de se seguir a vontade objetiva das coisas, e não a vontade

⁸⁷⁹ BRUYN JR., Herbert Cornelio Pieter de. O direito subjetivo à conciliação no Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade às causas de competência da justiça federal. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 130-131.

⁸⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 65.

⁸⁸¹ RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica: papel conciliador da jurisprudência. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 195.

⁸⁸² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 274.

⁸⁸³ CAPOGRASSI, Giuseppe. A ambigüidade do Direito Contemporâneo. In: CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução e adaptação de Hiltomar Martins Oliveira. Coleção Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Líder, 2012. p. 53. Título original: *La crisi della giustizia*.

subjetiva dos indivíduos.”

Nesse ponto, oportuno trazer à baila a visão de Dworkin⁸⁸⁴ sobre o trabalho dos juristas na formulação das normas, que tem por finalidade “atender objetivos sociais específicos”. Para ele, “os juristas são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas” e às vezes precisam lidar com questões sobre as quais “não há consenso geral quanto ao modo de proceder”.

Sobre o trabalho dos juristas na produção de normas, Reale⁸⁸⁵ pondera que não se desconsidera o problema do indivíduo, nem se ignora “a importância decisiva que o elemento intencional e subjetivo representa na experiência do Direito”. O que ocorre é que o Direito deve preocupar-se “de maneira direta, imediata e prevalecente, do bem enquanto do todo coletivo, isto é, do bem comum ou justiça.”

No outro vértice, o juiz, ao aplicar o Direito, “há de ter em conta sempre as realidades sociais do momento em que aplica as normas jurídicas ou cria o Direito”⁸⁸⁶. Já dizia Reale⁸⁸⁷ que “a prestação dos serviços do Judiciário à sociedade somente será plenamente adequada se houver mudança de atitude” dos juízes, que se prendem “à letra da lei, sem dar atenção às finalidades sociais” das normas.

Em seu magistério, Carvalho⁸⁸⁸ estabeleceu que “é missão do operador do direito, da sociedade e do Estado atenderem e cumprirem a função social do direito, sem a qual se torna difícil pacificar os conflitos sociais e se alcançar a tão sonhada harmonia social”.

Sob este prisma, nos tópicos infra, passa-se à análise da Função Social do Direito, do processo e dos operadores do Direito, que se cogita como necessária

⁸⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 3. Título original: *Taking rights seriously*. Primeira edição em: 1977.

⁸⁸⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 274.

⁸⁸⁶ RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica: papel conciliador da jurisprudência. *In*: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 195.

⁸⁸⁷ REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez.1995. p. 67.

⁸⁸⁸ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 223.

ante a proposta do presente estudo de se abordar o eventual cumprimento da Função Social do Estado em razão de uma mais efetiva atividade jurisdicional, se inseridos e institucionalizados os Meios Alternativos de resolução de Conflitos no sistema processual brasileiro.

4.2.2 A Função Social do Direito

Como disse Barroso⁸⁸⁹, “a função social do Direito é a disciplina da vida social, com base em valores e fins legitimamente estabelecidos”. Para Carvalho⁸⁹⁰, “a função social do direito enquanto teoria do direito encontra fundamento na história das sociedades, desde as mais antigas, as medievais, as modernas e agora, nas contemporâneas.” Sendo o Direito “um fenômeno histórico, relativo a sociedades concretas”, como preceitua Atienza⁸⁹¹, “não há dúvida de que se trata de uma prática social, de uma instituição ou de um conjunto de instituições, que nos envolve a todos.”

Se, como pondera Carvalho⁸⁹², “a função social do direito é um valor jurídico construído a partir das lutas e conquistas sociais do homem nas várias fases da história da humanidade”, ela irá representar “um sentido peculiar do homem de ver o mundo ordenado pela paz, num ambiente harmônico, equilibrado e justo.”

Sob esse enfoque, leciona Dworkin⁸⁹³ que “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público.” Assim, “o governo deve coibir um homem para o seu próprio bem ou para o bem geral, mas só pode fazê-lo com base no seu comportamento”, esforçando-se “para julgar esse comportamento de acordo com o mesmo ponto de

⁸⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

⁸⁹⁰ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 65.

⁸⁹¹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora. 2014. Título original: *El sentido del Derecho*. p. 45-50.

⁸⁹² CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 113.

⁸⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27. Título original: *Taking rights seriously*. Primeira edição em: 1977.

vista segundo o qual o seu autor julga a si mesmo, isto é, do ponto de vista de suas intenções, motivos e capacidades.”⁸⁹⁴

Interpretar o Direito, leciona Reale⁸⁹⁵, “é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se se desenrolassem as conseqüências das leis mercê de simples dedução.” Nesse pensar, Carvalho⁸⁹⁶ pondera que “sendo a função social do direito um valor jurídico, a interpretação da ciência do direito deve se fazer num contexto axiológico, sociológico, historiológico, cultural e jurídico dinamizador, operacionalizante e estruturante”, lembrando que não se deve “desprezar qualquer elemento predisposto na cultura humana que possa contribuir para a solução dos conflitos sociais desde que guarde relação e correlação com o conflito deflagrado em uma demanda judicial ou extrajudicial.”

Reale⁸⁹⁷ argumenta ainda que além da conduta jurídica, “existem outras formas de comportamento, que são governadas por outras expressões possíveis do bem”, é o que se pode ver “nas chamadas regras de ‘costumes’, isto é, de convenção social, de trato social, de etiqueta, de elegância, e civilidade que realizam, a seu modo, o valor do bem.” E ressalta que “há dois aspectos do problema do bem ou, por outras palavras, dois momentos de realização do valor do bem – um individual, outro social.”

Conclui o jusfilósofo⁸⁹⁸ que o “bem, visto como valor social, é o que chamamos propriamente de justo, e constitui o valor fundante do Direito”. Para ele, o valor próprio do Direito é “a Justiça — não entendida como simples relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta desses atos”, que constituem “um bem intersubjetivo ou, melhor, o bem comum.” A Justiça, portanto, “não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.”

⁸⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 18.

⁸⁹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 252.

⁸⁹⁶ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 113.

⁸⁹⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 271-273.

⁸⁹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 272-273.

Em sua obra propedêutica, Reale⁸⁹⁹ leciona que “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma Sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.” No tocante à solidariedade, Cardoso⁹⁰⁰ considera que, depois de positivada como princípio na Constituição cidadã, ela orienta o Direito para a plena consumação da dignidade humana, atentando sempre para os problemas sociais.

Pensando com Atienza⁹⁰¹, pode-se dizer que a “função social do Direito faz referência [...] à eficácia social das normas jurídicas”. Destas normas, as pessoas esperam a produção “de efeitos sociais que coincidem com os fins desejados e proclamados pelo legislador; essas são as funções expressas ou manifestas.” Mas nem sempre a norma tem o efeito previsto pelo legislador e estes casos o autor⁹⁰² denomina “funções latentes”, ponderando que “o Direito existe porque existe o conflito”, mas “a existência do Direito não assegura uma ordenação justa da sociedade (nem um maior grau de jurisdição é sinal de maior justiça)”. Conclusão convergente com os ensinamentos de Kelsen e Reale, já explorados em momentos anteriores da presente pesquisa.

Anota também Atienza⁹⁰³ que em se tratando de “Direito como sistema de controlo social [...] pode aludir-se aos *fins* que o direito prossegue (manter o equilíbrio ou a integração social, regular o comportamento, etc.)”. Para ele, “o Direito consegue reduzir a complexidade social ao utilizar um código próprio, um código binário que é diferente dos códigos dos outros sistemas” por permitir “classificar qualquer conduta possível em (juridicamente) lícita e ilícita prescindindo, pois, de outras considerações.”⁹⁰⁴

Neste ponto, é importante mencionar que a coação “não é o único meio

⁸⁹⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

⁹⁰⁰ CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *In: Revista Forense*, v.1, setembro/outubro, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5-7.

⁹⁰¹ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 182-183.

⁹⁰² ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 36-37, 44.

⁹⁰³ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 173, 176.

⁹⁰⁴ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 180.

de que o Direito dispõe para conseguir aquilo que se poderia designar como os seus fins internos: a conformidade da conduta dos destinatários, em relação ao estabelecido pelas normas.”⁹⁰⁵ Estes fins, que Atienza define como internos, devem se distinguir “dos fins externos do Direito: a consecução de determinados efeitos sociais.” Mas, para o estudioso espanhol, a persecução “dos fins internos do Direito não depende unicamente de que existam sanções negativas ou positivas – adequadas, e nem sequer depende exclusivamente e que os destinatários das normas estejam dispostos – se sintam motivados – a cumpri-las”, pois, “como antes se disse – muitas das medidas destinadas a tornar eficazes as normas jurídicas não têm caráter coactivo.”⁹⁰⁶

No dizer de Silva⁹⁰⁷, o Direito “não é um fim em si mesmo, mas um meio de pacificação social, que acompanha as necessidades e anseios da Sociedade”, posicionando-se em consonância com a evolução do mundo e “ocasionando profundas transformações”.

Retomando o magistério de Atienza⁹⁰⁸, ao citar os estudos de Reh binder, o autor menciona como funções sociais do Direito: a “resolução de conflitos”; a “orientação do comportamento”; a “legitimação e organização do poder social”, sobre a qual já se abordou neste estudo; a “configuração das condições de vida” e a “aplicação das normas jurídicas e da adaptação dos conteúdos”.

A função social do Direito parece representar, portanto, “o fim comum a que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social.” E, ainda com Carvalho⁹⁰⁹, pode-se dizer que sua existência é “o núcleo de sua própria finalidade”, pois sem ela, o Direito ficaria “despido de eficácia, porquanto a regra em si mesma não deve existir senão para atingir seus objetivos, seu plano

⁹⁰⁵ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 177-178.

⁹⁰⁶ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 178.

⁹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36-37.

⁹⁰⁸ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 181-182.

⁹⁰⁹ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 123, 243.

normativo, sua finalidade precípua contida no próprio núcleo, em sua própria estrutura dogmática.”

Concatenando todas as ideias aqui apresentadas, novamente buscando subsídios nos dizeres do professor Atienza⁹¹⁰: “o Direito não é tanto um sistema repressivo quanto um meio para alcançar determinados fins: um mecanismo de construção social.”

4.2.3 A Função Social do Processo

No dizer de Calmon⁹¹¹, o processo “é útil quando a paz social é abalada, urgindo sua plena restauração.”

Aceitando-se a afirmação de que o processo representa o instituto que garante o acesso democrático ao Poder Judiciário e “o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais”⁹¹², oportuno mencionar, com Theodoro Junior⁹¹³, que todo mecanismo processual surgiu e foi aperfeiçoado em função da necessidade de extinguir, do meio social, os Conflitos jurídicos. Entretanto, como diz este o autor, “o processo não deve ser só fonte de legalidade, mas também de justiça”.

No mesmo sentido, Grinover *et al*⁹¹⁴ afirmam que, sendo a função primordial do Estado a realização do bem-comum, quando esta se dá por meio da Jurisdição, o processo deve ser “um meio efetivo para a realização da justiça.”

Buscando ensinamentos em Dworkin⁹¹⁵, “se formularmos o objetivo do processo de alguma maneira vaga, afirmando que a lei deve fazer justiça ou

⁹¹⁰ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014. p. 50.

⁹¹¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 20-21.

⁹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 474.

⁹¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. *In*: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 205-207.

⁹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Teoria geral do processo**. 22.ed. rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

⁹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 11. Título original: *Taking rights seriously*. Primeira edição em: 1977.

promover o estado justo”, tornar-se-á “inevitável perguntar se, como muitos supõem, a justiça requer decisões de acordo com regras preexistentes.” Nesse sentido, o filósofo franco-magrebino Derrida⁹¹⁶ pondera que para ser justa e responsável, a decisão há de estar em conformidade com uma lei preexistente; mas a interpretação dessa lei há de ser “reinstauradora, re-inventiva e livremente decisória”; daí que a decisão justa há de ser “ao mesmo tempo regrada e sem regra”, pois para cada caso concreto “a decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir”.

Nesse pensar, retornam-se às lições de Kelsen⁹¹⁷ de que a atividade do juiz é “considerada justa ou injusta, mas apenas na medida em que ele funciona na condição de criador de lei.” Sendo assim, quando apenas decide com base “na lei, sua conduta é considerada lícita ou ilícita exatamente como a conduta dos que estão sujeitos à lei.” Sabe-se que não existe “apenas um padrão de justiça, mas vários padrões desse tipo, diferentes e mutuamente inconsistentes. Por outro lado, existe apenas um Direito positivo.” Neste ponto retomam-se as ponderações de Theodoro Junior⁹¹⁸ para registrar que no Estado de Direito o limite de criação do julgador “não é tão largo que possa ignorar as regras legisladas. A lei positiva é o ponto de partida para o estabelecimento da norma concreta da sentença”.

Parece ser possível afirmar que hoje está ocorrendo “um distanciamento entre o juiz e o processo” em que muitos julgadores “tomam contato com a matéria discutida no processo no momento da audiência”, como aventam Gajardoni *et al*⁹¹⁹, o que impossibilita uma tentativa de aproximação das partes “visando à obtenção de um acordo”. Sem esta aproximação, a Sentença é proferida, na maioria das vezes, com o descontentamento de uma das partes, “o que gera um substancial aumento

⁹¹⁶ DERRIDA, Jacques. **Força da lei**. Tradução de Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44. Título original: *force de loi*. Primeira edição em: 1994.

⁹¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 66-68. Título original: *General theory of Law and state*.

⁹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. *In*: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 210.

⁹¹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In*: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

do número de recursos”. Para interromper este ciclo, os autores consideram que o juiz deve acompanhar efetivamente todos os despachos do processo, “não só para conduzi-lo melhor, evitando a prática de atos desnecessários e inúteis, mas também para conhecer a fundo a questão controvertida”. Esta prática os habilitaria para “poder buscar seriamente a conciliação ou sugerir às partes formas alternativas de solução do litígio, e ainda, quando não, proferir uma boa sentença”.

A par disto, Calmon⁹²⁰ assevera que diante das controvérsias, aquele que quer “fazer valer os seus direitos em face de outrem possui duas alternativas: buscar a solução amigável (autocomposição) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente) a favor de sua pretensão.” Mas embora tenham optado pela via jurisdicional, a qualquer momento as partes podem se compor. Todos os meios fundamentam-se na “*restauração da paz social*”, nem sempre alcançada pela decisão judicial. “Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso.”⁹²¹

Cappelletti e Garth⁹²² já diziam “que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada”, sendo “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”.

No mesmo sentido, Lopes⁹²³ observa que “se um dos escopos do processo é, precisamente, resolver os conflitos, garantir a pacificação social – está claro, porém, que, em muitos casos, a solução judicial não logra alcançá-la – ressalta clara a função social de que ele se reveste.”

Dito isto, pondera-se a hipótese de que “mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem jurídica,

⁹²⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta, 2013. p. 20.

⁹²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 97, nº 353, jan./fev. 2001. p. 109.

⁹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12. Título original: *Access to Justice*. Primeira edição em: 1988.

⁹²³ LOPES, João Batista. Função social e efetividade do processo civil. p. 32-33. *In: Revista dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n.13, abr. 2004.

mediante realização concreta da lei.”⁹²⁴

4.2.4 A Função Social dos Operadores do Direito

Diante da omissão dos textos constitucionais passados, no Brasil, a advocacia alçou a esfera constitucional apenas com a Constituição de 1988, que reconheceu a essencialidade desta atividade à Justiça (art. 133, CRFB/88⁹²⁵). Nesse entendimento, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil definiu a profissão do advogado como um baluarte para o aperfeiçoamento da cidadania ao dispor que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social” (art. 2º, § 1º).

Nesse sentido, vociferou-se em artigo publicado no Jornal da OAB⁹²⁶, pós Constituição de 1988, que “a Constituição só não sucumbirá se a sociedade se sustentar. Para isso, é fundamental a participação dos advogados e da Ordem. Somos, por vocação e conquista, os guardiões desses valores. Valores da nação e da civilização”.

Para que o Direito possa concretizar sua função social, consoante Carvalho⁹²⁷, “é preciso que todos os personagens que vivem em sociedade tenham o firme propósito de cumprir as normas jurídicas.” Bonatto⁹²⁸ acredita que o operador do Direito é, antes de tudo, parte integrante da Sociedade. Assim, como membro da Sociedade, o advogado deve estar intimamente ligado a ela, portanto, o operador “é o espelho das necessidades e anseios de seu povo, sob o manto da verdade e da justiça”.

Neste sentido, Oliveira⁹²⁹ agrega que “o cunho social da profissão se manifesta ainda, pelo exercício da cidadania por profissionais responsáveis pela

⁹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. v.3. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3.

⁹²⁵ BRASIL. Constituição Federal. Art. 133: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁹²⁶ CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Combatendo o bom combate**. [s.l.], 1991-1993, p. 150.

⁹²⁷ CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 233.

⁹²⁸ BONATTO, Vanderlei Luis Kronbauer. Função Social do Advogado. In: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula (coord.). **Ética na advocacia**. 2.ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 98.

⁹²⁹ OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. A formação do advogado. In: NILINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

colocação perante um dos poderes do Estado, dos anseios e aspirações da sociedade”. Para ele, os profissionais do Direito são “os arautos das necessidades coletivas, e, de certa forma, agentes transmissores da própria dinâmica social e responsáveis pelas transformações exigidas pela realidade”.

Chaves⁹³⁰ observou que desde o final do século XX, a advocacia passou a identificar um novo contexto social repleto de tecnologia, novos interesses e preocupações sociais. O historiador britânico Hobsbawm⁹³¹ também assinalou que “talvez a característica mais impressionante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas [...] de se acomodarem a ele”.

Como já se falou, por vezes as ordenações legais parecem não ser capazes de acompanhar a velocidade por que caminha a Sociedade, em especial a Sociedade Contemporânea de ritmo digital. Nesta conjuntura, os operadores jurídicos como membros integrantes da Sociedade devem cumprir o seu papel de fazer emergir novos posicionamentos que podem confrontar legislações destoantes do moderno contexto social. Como disseram Mangini e Fiorelli⁹³², “a legislação caminha em uma velocidade nem sempre compatível com a evolução cultural; vezes há em que ela se atrasa [...] mudanças culturais recentes e transformações de valores devem ser absorvidas pelos sistemas existentes”, porém estes conteúdos nem sempre são absorvidos com a presteza necessária ou desejável.

Nesse sentido, Carvalho⁹³³ aponta para o fato de que “o ordenamento jurídico atual convoca o operador do direito e o respectivo julgador para a análise dos fenômenos subjacentes ao direito e às relações sociais”, uma vez que “os dados [...] são inovações do sistema contemporâneo que exigem do jurista uma análise ampla, difusa, inter, multi e transdisciplinar, dinamizadora e operacionalizante das

⁹³⁰ CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. A função social do advogado no Brasil do século XXI: percursos e percalços. *In*: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula (coord.). **Ética na advocacia**. 2.ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 144.

⁹³¹ HOBBSAWN, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 24.

⁹³² MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

⁹³³ p. 229.

regras jurídicas para realizar e concretizar seus matizes”.

Neste aspecto, Faria⁹³⁴ faz os seguintes questionamentos:

Os futuros profissionais devem ser orientados apenas numa dimensão prático-forense? Ou também devem ser preparados para se tornarem capazes de assumir uma postura crítica frente ao direito positivo e adequá-lo à realidade socioeconômica emergente? Quais as novas responsabilidades e funções do jurista numa sociedade em transformação? [...] Como conjugar a reorganização da cultura jurídica com as mudanças ultimamente verificadas no próprio direito positivo, entreabrindo uma progressiva erosão da rigidez lógico-formal em razão das exigências da justiça distributiva e, por conseguinte, dos imperativos da racionalidade material? Como proceder face à inclinação das novas gerações de caminhar para uma politização de suas funções profissionais?

Sobre todos estes questionamentos, o autor adverte que tais ponderações constituem a problemática metodológica inerentes à reformulação da cultura jurídica do País e às novas funções que devem assumir os operadores jurídicos. Faria⁹³⁵ acredita que essas indagações conjeturam igualmente “a crise de identidade epistemológica em que hoje se debate a própria reflexão sobre o direito”, que se encontra martirizado pelo dilema de ser “tecnologia de controle, organização ou direção social” – implicando em uma “formação meramente informativa, despolitizada, adestradora e dogmática, estruturada em torno de um sistema jurídico tido como autárquico, auto-suficiente, completo, lógico e formalmente coerente” – ou ser uma “atividade verdadeiramente científica” – que exige “uma formação formativa, não dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, as implicações socioeconômicas e a natureza ideológica da ordem jurídica” –, neste último caso, o Direito não é sentido como um fim em si mesmo, mas como meio, um simples instrumento a ser bem utilizado pelos atores jurídicos, a fim de cumprirem a contento as suas funções sociais.

Ainda segundo o autor, o operador jurídico que reduz o Direito a um sistema de normas, limitando-se a dar sentido jurídico aos fatos sociais “despreza, assim, a discussão relativa à função social das leis e dos códigos, valorizando seus

⁹³⁴ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. In: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 11.

⁹³⁵ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. In: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 11.

aspectos técnicos e procedimentais”⁹³⁶ em detrimento do contexto social contemporâneo. Vale esclarecer que não se trata aqui de desprezar o conhecimento jurídico especializado, trata-se apenas de conciliá-lo “com um saber genérico sobre a produção, a função e as condições de aplicação do direito positivo”⁹³⁷.

Martins⁹³⁸ acredita que o profissional do Direito tende a ser “o mais universal dos cientistas sociais. A função do advogado é social porque o Direito é uma ciência social e se aplica à sociedade, enquanto sociedade. E tudo o que for contra o social, [...] ainda que legal, será contra o direito e a sociedade”.

Consolidando seus estudos sobre o tema, Pasold⁹³⁹ identifica a função social do advogado:

1º comprometer este profissional com valores que são fundamentais aos ser humano, enquanto indivíduo e como integrante da Sociedade;

2º exigir deste profissional que cumpra rigorosamente os seus deveres legais e éticos, e que, em contrapartida, seja zeloso guardião de seus direitos e prerrogativas;

3º supor explicitamente que a pessoa, ao optar pela Advocacia, se mantenha em permanente empenho no sentido de valorizar aos outros como a si mesmo, considerando todas as pessoas como veículos diversificados da sabedoria infinita que impulsiona e fertiliza a vida;

4º colocar o Advogado como agente ativo das transformações construtivas da Sociedade.

Portanto, partindo dessas premissas, parece consentâneo afirmar que o Direito com que trabalha o advogado não se esgota na legalidade estatal.

Como apontou Bonatto⁹⁴⁰, a maioria dos advogados brasileiros está limitada “ao êxito da causa e ao sucesso profissional, não possuem conhecimentos de sociologia, história, economia e outras ciências. Acabam [...] afastados da função

⁹³⁶ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. *In*: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 12.

⁹³⁷ FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. *In*: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 16.

⁹³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Função Social do Advogado. *In*: **Revista do Advogado**, ano 4, n. 14. p. 94, jun.-set. 1983.

⁹³⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3.ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2001. p. 128.

⁹⁴⁰ BONATTO, Vanderlei Luis Kronbauer. Função Social do Advogado. *In*: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula (coord.). **Ética na advocacia**. 2.ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 125.

social que assumiram ao jurarem a vocação divina em profissão”.

Nesse sentido, conforme Carvalho⁹⁴¹, “não é difícil constatar a presença de demandas muitas vezes sem fundamentos fáticos e jurídicos que, a pretexto de suscitarem ameaça de lesão, são muito bem elaboradas por seus supostos titulares”. É necessário que os operadores não apenas fixem o seu olhar na tabela de honorários, mas que alertem os seus clientes para o risco da demanda, “é imperioso que o defensor diga não ao seu cliente”. O autor acrescenta ainda que “o homem contemporâneo e em especial o operador do direito deve abandonar a cultura do menor esforço mental para o raciocínio, levando em conta a aplicação do direito à realidade, e da realidade ao direito.”

A partir destas considerações, parece possível pensar que o dever de busca à Justiça, pelo profissional do Direito, deve também estar contido na sua obrigação de defesa ao Direito fundamental de Acesso à Justiça.

Dentre as funções do advogado, Ferraz⁹⁴² destaca: “conduzir, com técnica adequada, as pessoas litigantes e, com isso colaborar no estabelecimento de uma solução que a paz social deseja”.

Como importante contribuição a essa parte do resultado da pesquisa, oportuna é a resposta de Pasold⁹⁴³ ao seguinte questionamento “qual é a função social que se constitui na missão principal do Advogado?”. O autor julga que a resposta mais apropriada para a indagação “encontra-se no simples, mas preciso e contundente, primeiro princípio no qual se sustenta o Código de Ética e Disciplina da OAB: lutar, sem receio, pelo primado da justiça”.

Assim, pela já forjada mentalidade demandista, parece certo sustentar que a cultura da Judicialização dos litígios está arraigada em demasia no meio judicial. Nesse sentido, acredita-se ser possível imaginar que também incumbe aos advogados, enquanto profissionais e também cidadãos – porque a atividade reúne

⁹⁴¹ p. 233.

⁹⁴² FERRAZ, Sérgio. Função Social do Advogado. In: **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Ano 25, n. 61, p. 78-89, jul.-dez. 1995.

⁹⁴³ PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3.ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2001. p. 128.

as duas dimensões –, fazer sentir a urgência e a Efetividade dos mecanismos não adversariais, porque carregam na atividade eleita a função de atuar e fazer Justiça com a sua perspectiva de cidadão.

4.3 FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.3.1 A possibilidade da concretização da Função Social do Estado Contemporâneo com a utilização de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos na Jurisdição brasileira

Sonho e aposto em uma sociedade que aprenda a resolver seus problemas por si mesma. Essas sociedades estariam baseadas em uma cultura do diálogo. Quando as sociedades esperam que outros, que o Estado, resolva seus problemas, está dando um cheque em branco para a violência. O outro, quando resolve nossos problemas é sempre violento. Resolver pelo outro é já em si mesmo um ato violento.⁹⁴⁴
(Warat, 2004)

O conjunto de textos que precedem este último capítulo tem como propósito conectar e condizir a ideia que passa a ser vertida nesta parte final. Aloca-se, entretanto, este capítulo apartadamente não por conter nele as construções mais relevantes – pois nenhuma das anteriores se dispensa –, mas porque, neste ponto, a essência da Tese será desenvolvida substancialmente, buscando também demonstrar o porquê de se ter dito tudo o que se defendeu até aqui. Portanto, seu destaque proporcional. Todavia, volta-se a afirmar que não se pretendeu, em nenhum dos tópicos estudados, o exaurimento do conteúdo proposto.

As linhas que dão início a esta pesquisa ambientam o Estado Contemporâneo, enfatizando os modelos estatais precursores ao Estado Constitucional Democrático. Supôs-se que a incursão nesta matéria fosse imprescindível ao tema discorrido, porquanto, como sinalizou Jellinek⁹⁴⁵, o processo de formação do Estado foi e parece que sempre será, ao mesmo tempo, um processo de transformação no campo do Direito; de sorte que, historicamente,

⁹⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. s.n.

⁹⁴⁵ JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Traducción de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. p. 199. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

Estado e Direito têm estado, desde o princípio, entrelaçados.

As etapas vencidas durante o processo histórico-evolutivo, as transformações experimentadas ao longo das épocas, os avanços e retrocessos nos modelos de Estado e de Jurisdição estatal marcaram momentos na história da humanidade em suas diversas Sociedades, próprios das oscilações comuns que anunciam a evolução de uma ciência social. Estes movimentos parecem demonstrar nunca ter havido uma etapa estanque, do contrário, todos os tempos foram, e são, de transformações e de superação dos modelos e dos formatos das instituições formadoras do Estado.

As fases da história seriam, nessa perspectiva, de permanente construção. Como pontuou Galbraith⁹⁴⁶ “as lições da história não devem ser aceitas muito prontamente, nem devem ser aceitas sem questionamento”, uma vez que “a vida [...] é um processo constante de mudanças e, em consequência, uma mesma ação ou evento, dependendo do momento em que ocorrer, pode levar a resultados muito diferentes”.

Em ritmo parecido, mas não necessariamente assimétrico com a evolução social está a normatização das condutas dos homens pelo Estado. Conforme já se disse, as ordenações legais sempre refletiram – ou tentaram refletir – os valores sociais. Entretanto, pondera-se que, em dados momentos da história humana, a imagem reproduzida pelo Estado nem sempre exprimiu os anseios de toda a Sociedade. E, repisando o que foi dito por Pasold⁹⁴⁷, “não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo”.

A leitura da parte inicial da pesquisa tornou possível confirmar que a transição do Medieval para a Era Moderna foi extensa. Como visto, na metade do século XVIII, com a emergência do Iluminismo, a humanidade passou a traçar um novo rumo. Esse novo período “que seria chamado de modernidade, chegava cheio de

⁹⁴⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **A cultura do contentamento**. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1992. p. 1. Título original: *The culture of contentment*. Primeira edição em: 1992.

⁹⁴⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4 ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 25. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 17 ago. 2015.

promessas, mas também eivado de perplexidades, de dúvidas, de contradições que vieram configurar-se no decorrer dos tempos”⁹⁴⁸.

A partir da modernidade, os homens avançaram. Tecnicamente, parece que chegaram a atingir o inimaginável, contudo, Dias *et al*⁹⁴⁹ avaliam que apesar de todos os seus progressos, a humanidade “pouco aprendeu sobre conviver em paz e alegria”. Para os autores, no plano do Direito, a modernidade demonstrou grandes incoerências “por um lado, o Constitucionalismo, especialmente nos séculos XIX e XX, permitiu a defesa do indivíduo perante o autoritarismo e opressões da máquina estatal ou do poder econômico”; também “criou o Estado laico e abriu espaço para a construção de regras menos comprometidas com privilégios e iniquidades”. Entretanto, de outra parte, “o positivismo então dominante no quadro das teorias jurídicas – em suas racionalizações com pretensão de pureza científica, encastelou-se em dogmas e figurinos procedimentais”.

O Estado Moderno, que enfatizava os valores da liberdade e igualdade, deixava, entretanto, de observar os valores da fraternidade, acentuando, como disse Tosi⁹⁵⁰, “os aspectos individualistas e egoístas dos Direitos Humanos, esquecendo o caráter social, fraterno e solidário desses mesmos Direitos, que não são simplesmente do indivíduo [...], mas também do *outro*”.

Por seu turno, Baggio⁹⁵¹ explica que:

O pensamento moderno desenvolveu a liberdade e a igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade – embora esta seja o alicerce das outras duas –, seja por fraqueza, por medo das suas implicações, seja pela eclosão do conflito entre religião e modernidade, o que tornou particularmente cheio de obstáculos o terreno da fraternidade. No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a

⁹⁴⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Mota da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 84.

⁹⁴⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Mota da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 85.

⁹⁵⁰ TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política?. *In*: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas, Luciano Meneses Reis. v.2. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova. p. 59.

⁹⁵¹ BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas *et al*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. p. 53-54.

igualdade não degenera em igualitarismo opressor.

Assim, apenas na Declaração dos Direitos dos Homens de 1948 é que o valor da “fraternidade” passou a ser tutelado e, então, as Constituições também passaram a incorporar esta qualidade como Direito fundamental. Pasold⁹⁵² é adepto da Teoria que defende o encerramento do Estado Moderno em 1916, quando o surgimento da Constituição Mexicana de 1917, período a partir do qual passou a ser denominado como Estado Contemporâneo.

O Estado Contemporâneo, momento atual da humanidade, notabiliza-se “em razão de um processo de reapropriação da Sociedade que culmina no fenômeno da socialização do Estado”⁹⁵³ e isto parece fazer com que o contemporâneo Estado se torne um “novo mundo”, marcado por um caráter eminentemente social que, segundo Pasold⁹⁵⁴, é denotativo essencial deste tipo estatal – fomentador do Bem Comum.

Junkes⁹⁵⁵ acredita que o Estado Contemporâneo cumpre com sua função quando, diante de um contexto de disparidade social, atua como instrumento a favor da Sociedade.

Sob este prisma, para uma concepção de Função Social aplicada ao Estado Contemporâneo, é válido lembrar a fórmula de Pasold⁹⁵⁶, a qual designa que o significado da palavra “função” deve estar atrelado a “dois elementos semânticos distintos entre si mas mutuamente complementares, quais sejam, a AÇÃO e o DEVER DE AGIR, este último resultante da natureza do agente”. E esses elementos “compõem-se num quadro no qual, o Poder do Estado assumirá direções

⁹⁵² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁵³ JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social e a sua relação com o Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 78.

⁹⁵⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 16. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 4 ago. 2015.

⁹⁵⁵ JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social e a sua relação com o Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 77.

⁹⁵⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

fundamentais e executará as atividades necessárias à consecução de objetivos pretendidos, como efeito do dever que o Estado tem para com a Sociedade”⁹⁵⁷.

Dessa forma, pressupõe-se que o Estado deve ter e exercer uma Função Social que precisa ser alastrada a todas as funções por ele exercidas⁹⁵⁸. Assim, como também propôs Pasold⁹⁵⁹, o Estado Contemporâneo deve ter e exercer uma Função Social que implica em ações que “o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS”, prezando sempre pela “prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano”.

Somando-se esses fundamentos, parece possível defender que a Função Social sugerida por Pasold⁹⁶⁰ relaciona-se com o dever de o Estado promover a Justiça, sobretudo Justiça Social.

Na proposta de uma Justiça Social, Lima⁹⁶¹ consagra que esta se refere a um modelo de Justiça em que “a coletividade tem o dever de contribuir para que cada pessoa humana receba na base das suas necessidades essenciais”, ou seja, a Justiça Social refere-se à proposta de cada um receber aquilo que lhe é devido.

A específica conjuntura do Estado atual aparenta demonstrar um modelo social mais avançado, mas ainda inserido no contexto de um Estado Contemporâneo. Dessa maneira, aparenta ser plausível defender que esta Sociedade vive um período imediato de transições e passa a absorver, com maior intensidade, uma nova realidade com valores que ultrapassam o âmbito local e transcendem para um espaço global.

⁹⁵⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁵⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 52. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁵⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 51. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁶⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. p. 54. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁹⁶¹ LIMA, Alceu de Amoroso. **Tudo é Mistério**. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 164.

O mundo digital, segundo Becker⁹⁶², tem ampliado as possibilidades de Conflitos, na medida em que desenvolve novos fatos sociais. Como pontuou Warat⁹⁶³, “vivemos em uma sociedade ‘hiperdependentes emocionais’, onde domina a presença instantânea de uma realidade virtual que persuade e controla [...] são redes que chegaram para produzir novas formas de guerra e violência”.

Por esses avanços da humanidade, Fukuyama⁹⁶⁴ sugere que a Sociedade está prestes a ingressar em um futuro pós-humano, em que a tecnologia desenvolve-se de forma que a essência dos homens poderá ser alterada ao longo dos tempos. O autor prevê que muitos observam esta evolução com entusiasmo, sob a perspectiva da liberdade humana, “querem maximizar a liberdade dos pais de escolher o tipo de filhos que têm, a liberdade do cientista de desenvolver pesquisa e a liberdade dos empresários de usar tecnologia para criar riqueza”. Contudo acredita o supracitado autor que este tipo de liberdade não será igual a todas as outras já experimentadas, pois a natureza humana não é infinitamente maleável, e “os elementos que permanecem constantes – em particular nossa gama de respostas emocionais típicas da espécie – constituem um porto seguro que permite que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos”.

O Estado, notadamente o Poder Judiciário, deve, então, estar mais bem preparado para decodificar os novos impasses que nascerão no interior deste novo modelo humano; “o mundo pós-humano poderia ser um mundo muito mais hierárquico e competitivo do que o hoje existente, e, em consequência, cheio de conflito social”⁹⁶⁵. E, consoante Luhmann⁹⁶⁶, “[o direito] enquanto estrutura de sociedade, não deve limitar o mundo que a sociedade pode ter”.

⁹⁶² BECKER, L. A. **Qual é o Jogo do Processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 342.

⁹⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. s.n.

⁹⁶⁴ FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.p. 224-225. Título original: *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution.* Primeira edição em: 2002.

⁹⁶⁵ FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.p. 224-225. Título original: *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution.* Primeira edição em: 2002.

⁹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 121. Título Original: *Legitimation durch Verfahren.*

Com efeito, o físico teórico austríaco Capra⁹⁶⁷ já afirmou que “os valores humanos podem mudar; [porque] não são leis naturais”. Em outras palavras, ainda que, como acima tratado por Fukuyama, os homens não sejam absolutamente maleáveis em decorrência, em especial, de suas respostas emocionais, os seus valores são e parecem que devem ser dinâmicos, buscando sempre o amplo acolhimento e bem-estar do conjunto social.

Como observou Giddens⁹⁶⁸: “o universo dos eventos futuros está aberto para ser moldado pela intervenção do homem”.

Utilizado-se desta linha de raciocínio, parece claro que o mundo atual precisa avivar, portanto, os valores de interesse planetário, os quais permeiam as questões de ordem ambiental, econômica e social. Real Ferrer *et al*⁹⁶⁹ já disseram que “a busca de soluções para as questões ambientais, sociais e econômicas globais converte a sustentabilidade em um direito de espécie, que exigirá uma nova e ampliada concepção de solidariedade” e diz-se isso “não somente quanto à sua transmutação, mas como princípio jurídico gerando autênticas obrigações aos indivíduos e ao Estado, mas, sobretudo, quanto à sua natureza e extensão”. Portanto, a sustentabilidade deve estar firmada no princípio da solidariedade, levando a humanidade a, por exemplo, ponderar os interesses das gerações futuras e observar, com maior empatia, todos os seres que hoje compõem a biodiversidade do planeta, agregando a eles o valor que efetivamente têm.

Capra⁹⁷⁰ confirma esta tendência, dizendo que “o grande desafio do século XXI é a mudança do sistema de valores que está por trás da economia global, de modo a torná-lo compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica”.

⁹⁶⁷ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 268. Título original: *The Hidden Connections*.

⁹⁶⁸ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002. p.104. Título original: *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. Primeira edição em: 1991.

⁹⁶⁹ REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.19, n. 4, p. 1433-1464, edição especial 2014.

⁹⁷⁰ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 268. Título original: *The Hidden Connections*.

Engendrando para o enfrentamento desses Conflitos em âmbito judicial, Agra⁹⁷¹ afirma que em decorrência “da desubstancialização, da quebra de paradigmas ontológicos, e da fragmentação do seu tecido social provocada pela diversificação econômica, há uma forte tendência para o afloramento de conflitos sociais nessas sociedades”. Portanto, “o incremento na potencialidade dos conflitos sociais ocorre porque não há parâmetros substantivos que possam, ao mesmo tempo, normatizar as relações sociais e atender às expectativas de tod[o] [...] o tecido social”.

Cardoso⁹⁷² também registra que o Direito e a dogmática jurídica atuais já não atendem mais às especificidades das demandas “originadas de uma sociedade complexa e conflituosa, que reclama, ante a aspiração pelo bem comum e ao surgimento dos direitos difusos, uma nova postura das instituições jurídico-democráticas”.

Por seu turno, Nóbrega⁹⁷³ acentua que “a sociedade não pode se tornar refém de um ordenamento jurídico ultrapassado, que não mais reflete o senso coletivo”.

Este período de transformações – em que há o rompimento de alguns dos obsoletos esquemas sociais, a difusão dos fenômenos da Globalização e da Transnacionalização, o surgimento de outras questões globais como o maior desenvolvimento tecnológico – segundo alguns autores, parece estar refletindo impactos não apenas no plano da Soberania nacional, mas também na administração interna, por parte dos Estados, de seus problemas e limitações funcionais.

Cruz e Sirvent⁹⁷⁴ disseram que “os avanços tecnológicos se produzem,

⁹⁷¹ AGRA, Walber Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINHO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense. p. 229-254.

⁹⁷² CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da Solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 405, p. 3-25, set./out. 2009.

⁹⁷³ NÓBREGA, Andréia Andrade da. Considerações sobre justiça e o papel do Poder Judiciário além dos limites do dogmatismo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo: Lex Magister, n. 32, p. 78-88, set./out. 2009.

⁹⁷⁴ CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma

como nunca, a uma velocidade vertiginosa”. Assim, “o que valia há algum tempo atrás, agora parece inservível”. Para eles, o que se deve acentuar é que “a globalização se manifesta de forma diferente conforme as pessoas, os grupos ou as situações”. Alguns entendem esse processo de maneira otimista, “tratando de situar-se na nova ordem e de rentabilizar todas as oportunidades oferecidas”. Outros se sentem desorientados diante de mudanças tão aceleradas e observam o presente receosamente, percebendo um futuro incerto. Finalmente, “há quem contempla com medo o presente e o futuro e busca segurança tentando voltar a um passado que já não existe, com o risco constante de voltar-se para posições anacrônicas, obsoletas”.

Diante deste quadro, pensa-se estar diante de uma nova “Revolução” que exige dos Estados reformas estruturais, tão rápidas quanto as transformações vividas. O filósofo espanhol Innerarity⁹⁷⁵ afirma que “o estado terá de tornar-se mais cooperativo – o que não equivale a <<mínimo>> – se não quiser tornar-se irrelevante”.

Entretanto, ressalva-se que a questão dos reflexos da Globalização em relação à soberania nacional não são aceitos em mesmo patamar em algumas bancas acadêmicas. Dantas⁹⁷⁶ já afirmou que “a globalização, porém, não irá extinguir a soberania nacional e apagar o Estado do mapa-mundi, pois ele continuará existindo com funções importantes, incluindo o exercício da soberania territorial”. Segundo o autor, este processo da Globalização pode até mesmo, ao contrário do que se possa imaginar, fortalecer a soberania estatal, incentivando outras formas de atuação com “o Estado-regulamentador, o Estado-mediador etc.”

Agra⁹⁷⁷, nesse sentido, acredita que “o atual processo de globalização não significa o desaparecimento do Estado, como entidade de organização social,

teoria para a superação democrática do Estado Constitucional moderno. In: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 207-208.

⁹⁷⁵ INNERARITY, Daniel. **O novo espaço público**. Tradução de: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Teorema, 2006. p. 246-247. Título original: *El nuevo Espacio Público*.

⁹⁷⁶ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147.

⁹⁷⁷ AGRA, Walber Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional.

contudo ele passa a funcionar em função da *Lex mercatoria*”, dessa maneira “as necessidades econômicas afetam de forma bastante considerável o quadro institucional de poder, fazendo com que as relações políticas sejam ditadas em sintonia com a necessidade dos mercados, relegando os anseios populares”.

Entretanto, aparentemente, não se pode desconsiderar que esta abertura dos Estados também ensejará em novos espaços para a atuação de organismos não estatais, ou seja, organizações sociais independentes que poderão contribuir para o equilíbrio da estrutura social, a qual todos estão sujeitos.

Considerando todas estas mutações pelas quais vem passando o mundo contemporâneo, contemplando-o de forma global, parece ser possível perceber que algumas mudanças realmente importantes para a humanidade ainda não foram implementadas, pois “continuamos vivendo em um mundo cheio de desigualdades [...]. Sociedades que, enquanto vivem um progresso tecnológico e possibilidades econômicas nunca vistas, fabricam e reproduzem a exclusão”⁹⁷⁸.

Como assinalou Bittar⁹⁷⁹, a característica da transição “é a coexistência de formas sociais que pertencem a diferentes épocas e dão um caráter particularmente conflitivo ao processo que é inevitavelmente vivido como crise, pois implica uma contínua ruptura com o passado”. E, conforme disseram Cruz e Sirvent⁹⁸⁰, “a construção de uma nova civilização sobre os destroços da velha envolve o projeto de novas estruturas políticas mais apropriadas em muitas nações ao mesmo tempo”.

Esse novo modelo de governança é capaz de perceber alguns dos aspectos necessários ao conjunto social, entretanto, muitas vezes deixa de projetar o porvir, já que “não é tarefa simples desenhar o devir. Por isso, o período de

⁹⁷⁸ CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional moderno. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 207-208.

⁹⁷⁹ BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 28-29.

⁹⁸⁰ CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional moderno. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 207-208.

transição poderá ser longo, para que as experiências sejam testadas e cotejadas com o que já existe e balizadas pelos valores atinentes à moralidade e à justiça”⁹⁸¹.

E assim, como corolário assinalado por Canotilho⁹⁸², “o sentido global resultante da combinação das dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais é que o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjectiva cuja violação lhe permite exigir a protecção jurídica”. Dito de outra maneira, desde que o cidadão tenha o seu Direito violado, a ele é assegurado a protecção jurídica.

No Brasil, a partir dos dados colhidos e apresentados neste relatório, sugere-se que a ampliação do Acesso à Justiça, agregada à violação ou à não promoção efetiva dos direitos formalmente consagrados, incidiu na “explosão da litigiosidade” já prognosticada por Mauro Cappelletti em seu “Projeto de Florença”⁹⁸³. Não bastava que os direitos fossem codificados, era necessária uma reestruturação administrativa; era imperioso que o Estado fosse ao encontro dos novos desafios que se propunham com essa positivação dos direitos.

Assim, seguindo a lógica supra-apontada por Canotilho, tais direitos passaram a ser juridicamente exigíveis e o Poder Judiciário passou a servir de panaceia aos desmazelos do Poder Executivo.

Em sua *crítica da coerência*, Sen⁹⁸⁴ examinou a insubsistência da conquista dos direitos sem um devedor vinculado; ou seja, para o autor, não havendo o estabelecimento de um fornecedor dos direitos, os direitos alegados se tornam vazios. Em suas palavras, afirma que pode ser muito bonito “afirmar que todo ser humano tem direito a alimento ou a serviços médicos, mas, se não houver sido caracterizado nenhum dever específico de um agente, esses direitos não podem realmente ‘significar’ grande coisa”.

⁹⁸¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Mota da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito, 2009. p. 86.

⁹⁸² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 267.

⁹⁸³ Vide Capítulo 2.

⁹⁸⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 262. Título Original: *Development as freedom*.

Nessa perspectiva, pode-se pressupor a incongruência havida no Estado brasileiro quando da edição, em texto constitucional, dos Direitos dos Homens sem os meios necessários (ou o desejo) de fornecê-los – vale dizer, o que escandaliza não é o firmamento dos direitos e sim a inconsistência do Estado como provedor dessas conquistas alçadas ao patamar constitucional.

Wolkmer⁹⁸⁵ lastima esta circunstância dizendo que a Constituição não se presta a ser uma matriz geradora de processos políticos, mas deve ser compreendida como uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da Sociedade.

Entretanto, tendo em conta o já lançado no presente estudo, não soa justo creditar o crescimento da litigiosidade no País tão somente às conquistas sociais consagradas na “Constituição Cidadã”. Como apontaram Oliveira Júnior e Baggio⁹⁸⁶, “a litigiosidade exacerbada é um fenômeno que [...] não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas que, inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm”.

Não obstante uma série de outros fatores conjugados que participam diretamente da construção do atual quadro de crise do Poder Judiciário, Capellari⁹⁸⁷ destaca dois elementos: “a) a tensão entre as promessas da Constituição de 1988 e sua inefetividade, e b) a (de)formação jurídica dos operadores do direito”.

O firmamento dos direitos expostos na nova Constituição parece ter servido de chamariz para a busca ao Poder Judiciário; mas as transformações sociais – que podem ser “de cunho político-jurídico (chamadas de “tendência no Direito”), conceitual (com a introdução da noção de sociedade complexa), comportamental (com a questão do aumento da litigiosidade) e estrutural (a partir da

⁹⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In*: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (Org.). **Para além das fronteiras**. 2 Vol. Itajaí: Univali, 2012. p. 61.

⁹⁸⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**. v.3. n.5. p. 112-113. dez. 2009.

⁹⁸⁷ CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto de uma modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 152, ano 38, p. 135-149, out./dez. 2001.

ideia de massificação dos conflitos)⁹⁸⁸ – tiveram e têm implicações ainda mais determinantes para o crescimento da litigiosidade ajuizada.

Dentro deste contexto, parece certo concluir que a nova formatação da Sociedade aliada a este modelo de Estado aspira por mudanças, especialmente no campo jurisdicional. No que compete ao poder judicante do organismo político, o kafkaniano Processo Judicial parece não representar, substancialmente, às aspirações da Sociedade que reclama por métodos de resolução de Conflitos mais adequados à realidade social.

Estudando os movimentos sociais, o sociólogo francês Touraine⁹⁸⁹ observou que “a democracia não pode mais se afirmar contra a tradição; deve incorporá-la reinterpretando-a, ou seja, rompendo o quadro comunitário, holístico, no qual muitos tentam encerrar as tradições culturais”. Para ele, “quando um poder comunitário recusa essa dupla abertura e combate contra uma modernidade que identifica com a destruição das tradições, a democracia perece e é substituída por uma forma nova de totalitarismo”.

Neste ponto, é válido abrir parênteses para dizer que não se põe de lado o fato de que, com o pós-positivismo, o método da subsunção cedeu lugar à ponderação do magistrado que, por sua vez, busca superar a sua clássica missão de “mero aplicador da lei”, consagrado no sistema de *civil Law*, passando a considerar outros aspectos (e não apenas os meramente formais) quando da prolação de uma decisão.

Conforme sustentou Capellari⁹⁹⁰, não se pode negar que, “de um modo geral, a magistratura brasileira foi formada a partir de uma matriz liberal-positivista que pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos interindividuais” e, assim, “é em sua maioria refratária a judicialização de conflitos

⁹⁸⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁹⁸⁹ TOURAINE, Alain. **Igualdade e Diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1988. p. 99. Título Original: *Can we live together?: Equality and Difference*. Primeira edição em: 1997.

⁹⁹⁰ CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto de uma modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 152, ano 38, p. 135-149, out./dez. 2001.

coletivos”, podendo vir a conceber “o direito como desprovido de valores axiológicos, e nessa medida não concebe a possibilidade de interdisciplinariedade metodológica como necessária à cognição dos fenômenos reais”. Acredita o autor que os juízes são informados “dos valores da tradição bacharelesca, na medida em que ostenta[m] a oratória ornamental, desprovida de vinculação com o real e que esvazia de eficácia o direito, como característica cultural importante”; e, finalmente, são apegados aos “aspectos formais em detrimento, muitas vezes, dos aspectos materiais do fenômeno jurídico”.

O autor supracitado sugere que esta retratação dos magistrados brasileiros foi potencializada “pela expansão desmedida dos cursos jurídicos no Brasil a partir da década de 60, formando milhares de operadores jurídicos que irão ocupar os postos da magistratura no período subsequente”. Contudo, observa que, a partir do início da década de 90, o Estado brasileiro iniciou um processo de reversão dessa tendência ao conservadorismo.

Empiricamente, é possível visualizar que o ato de julgar tem se tornado cada vez mais contextualizado. Parece que a espírito atual segue a proposta de juízes que se interessam mais pelos resultados de suas decisões. Com as diversidades culturais que podem estar presentes em alguns países, notadamente de vasta extensão territorial como o caso do Brasil, as normas de caráter nacional tendem a ser sentidas de formas variadas, de acordo com o contexto das comunidades.

Refletindo sobre estas questões, Garapon⁹⁹¹ aponta para o fato de que, na contemporaneidade, “a regra já não tem conteúdo positivo, mas o procedimento torna-se um modo de apreensão da realidade” o que, para ele, seria “a única maneira de aplicar valores comuns, como a igualdade ou a proporcionalidade relativamente a situações concretas”. O jurista francês acredita que “uma concepção processual exige que o juiz tenha um papel reflexivo e não dedutivo”, o magistrado deve garantir “os interesses da justiça não como anteriormente, pela simples interpretação de uma regra de direito, mas mantendo com a realidade que lhe é

⁹⁹¹ GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 256. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

concedida uma nova relação”. O juiz “deve dar um sentido concreto aos princípios para cada situação. A norma já não tem conteúdo geral e universal dedutível *a priori*, cabe ao juiz actualizar e contextualizar constantemente o seu espírito”.

Luhmann⁹⁹² também expressou que “se no decurso do desenvolvimento civilizacional aumentam a complexidade e a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida [...] torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura rígida”.

Por sua vez, Derrida⁹⁹³ adere a estes pensamentos, dizendo que, se o ato decisório consistir simplesmente em aplicar uma regra “desenvolver um programa ou efetuar um cálculo, ele será talvez legal, conforme ao direito, e talvez, por metáfora, justo, mas não podemos dizer que a decisão foi justa. Simplesmente porque não houve, nesse caso, decisão”. Consoante o precitado, “para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor por um ato de interpretação restaurador”, porquanto cada exercício da Justiça, como Direito, “só pode ser justo se for um *juízo novamente fresco* [...] o novo frescor, o carácter inicial desse juízo inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme uma lei preexistente”, contudo, “a interpretação restauradora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua *justiça* não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do juízo”. Ou seja, o jurista entende que:

[...] para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. Pelo menos, se ela a garante de modo seguro, então o juiz é uma máquina de calcular.

⁹⁹² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 121. Título Original: *Legitimation durch Verfahren*.

⁹⁹³ DERRIDA, Jacques. **Força da lei**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 43-44. Título original: *Force de loi*. Primeira edição em: 1994.

No Brasil, a adesão a este movimento menos legalista ofereceu uma “espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado”⁹⁹⁴, evidentemente seguindo alguns parâmetros conformativos, consoante observou Grau⁹⁹⁵ ao dizer que não se trata de afirmar que “as decisões judiciais possuem eficácia geral, são normas individuais, supõem a criação de uma norma geral que serve de justificação à Sentença, ou que os juízes formulam normas novas não vinculadas a textos normativos preexistentes”, mas afiança “a *criação* de direito pelos juízes como conseqüência do próprio processo de interpretação”.

Esta nova percepção rompeu com alguns dos antigos dogmas e tem demonstrado os seus benefícios no sentido de bem atender à Sociedade – dever precípua do Estado.

A este respeito, Dallari⁹⁹⁶ afirma que, no País, “juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas”, no intuito de “dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça”.

Acerca destes movimentos renovatórios na magistratura mundial, podem-se citar, a título de exemplo, algumas organizações de sucesso, como é o caso da associação *Jueces para la Democracia*⁹⁹⁷, sediada em Madrid, na Espanha. A organização, consoante os termos de sua assembleia, se propõe a trabalhar por uma organização judicial realmente funcional aos valores constitucionais (liberdade, Justiça, igualdade e pluralismo político) e pela democratização da carreira judicial; “reivindicación de la crítica interna/externa y de un tipo de juez comprometido con la realidad de la polis; independencia frente al poder y apertura a la sociedad”⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. v.2. São Paulo: Método, 2006. p. 60.

⁹⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 60.

⁹⁹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

⁹⁹⁷ Jueces para la Democracia. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁹⁹⁸ “Reivindicação de crítica interna / externa e uma espécie de juiz comprometido com a realidade das cidades; independência do poder e da abertura à sociedade”. Jueces para la Democracia.

Segundo Dallari⁹⁹⁹, esta associação representa “uma das mais importantes expressões da nova mentalidade dos juízes no mundo contemporâneo”.

Em alguns pontos do Brasil, tipos semelhantes à organização espanhola já emergiram, no intuito de não sucumbir “aos modelos das tradicionais organizações corporativas, as quais, visando proteger os juízes de contaminação pela sociedade, estimulavam o isolamento e alimentavam a resistência a qualquer inovação”¹⁰⁰⁰.

Dentro destes parâmetros, cita-se a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)¹⁰⁰¹ que, além de suas finalidades inerentes a toda entidade de classe, também participa dos grandes debates nacionais e da discussão de temas relacionados com o exercício pleno da cidadania. A Associação sustenta a sua linha de atuação firma-se no pressuposto de que “a manutenção de uma sociedade democrática exige constante vigilância, aliada ao exercício permanente do juízo crítico sobre todas as instituições, e não apenas sobre o Poder Judiciário, e é particularmente necessária nos tempos que correm”.

No Estado de São Paulo, há também iniciativa que segue esta tendência. A entidade, agora de cunho nacional, denominada de Juízes para a Democracia (AJD)¹⁰⁰², tem objetivos estatutários que se concretizam:

[...] na defesa intransigente dos valores próprios do Estado Democrático de Direito, na defesa abrangente da dignidade da pessoa humana, na democratização interna do Judiciário (na organização e atuação jurisdicional) e no resgate do serviço público (como serviço ao público) inerente ao exercício do poder, que deve se pautar pela total transparência, permitindo sempre o controle do cidadão.

Como apostou Dallari¹⁰⁰³, “essas iniciativas inovadoras abrem caminho para a valorização do Poder Judiciário”.

Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁹⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

¹⁰⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 81.

¹⁰⁰¹ Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/categorias/s1-institucional/c1-sobre-ajuris/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁰⁰² Juízes para a Democracia. Disponível em: http://www.ajd.org.br/quem_somos.php. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁰⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

Assim, parece claro que o Poder Judiciário demonstra certas tendências construtivas, no sentido adotar novos posicionamentos visando ao bem comum. Entretanto, o que se sustenta é que esta aparente ruptura do antigo esquema adjudicante pode não ser suficiente para suprir efetivamente, em todos os casos levados à sua apreciação, as aspirações sociais de felicidade e bem-estar. Mesmo que alguns magistrados, grupos ou associações tenham aderido ao movimento, ainda assim as decisões se revestem de um caráter autoritarista que, muitas vezes, podem não atingir os interesses bastante específicos e particulares de ambas as partes.

Neste aspecto, Gómez¹⁰⁰⁴ corrobora dizendo que “los mecanismos procesales que se poseen son nuclearmente individuales y se apoyan em uma concepción patrimonialista y em uma teoría clásica del derecho subjetivo”.

O que se defende, pois, é uma doutrina menos dogmática, mais efetiva e solidária. Busca-se o Bem Comum.

Amparado nas ideias de Kant, Tosel¹⁰⁰⁵ afirma que se deve agir “como se a paz entre as nações, mesmo sendo uma utopia, um sonho, seja um dia possível de realizar”, da mesma maneira, deve-se “encarar a justiça absoluta, como sendo possível de alcançar e trabalhar para que isso aconteça. Assim, não está em questão se a paz perpétua é possível ou não. Simplesmente devemos agir como se ela pudesse ocorrer”.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) dispõe que o Estado Democrático de Direito brasileiro destina-se a:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

¹⁰⁰⁴ “os mecanismos processuais que se possuem são nuclearmente individualistas e se apóiam em uma concepção patrimonialista e em uma teoria clássica do direito subjetivo” Tradução livre do autor da presente Tese. (GÓMEZ, Maria Isabel Garrido. **La función de los Jueces**: contexto, actividades y instrumentos. Madrid: Aranzadi, 2014. p. 29).

¹⁰⁰⁵ TOSEL, André. **Kant révolutionnaire**: droit et politique. 2.ed. Paris: Universitaires de France, 1990. p. 91.

pacífica das controvérsias¹⁰⁰⁶.

Seguindo em seu art. 3º, inciso I, a Constituição defende como objetivo fundamental da República o firmamento de uma Sociedade livre, justa e solidária e, no inciso IV, dispõe como escopo supremo a promoção do bem de todos.

Diante disso, parece claro pressupor que o Bem Comum está no centro da ética social e firma o seu conceito no valor da solidariedade, que, como conceituou Real Ferrer¹⁰⁰⁷, pode ser entendida, em primeira instância, como “el sentimiento altruista que de inmediato nos sugiere la expresión, sino como el vínculo colectivo propio de todo cuerpo político”. Bem pertinente ao estudo, o autor prossegue em seus ensinamentos explicando:

La solidaridad, el actuar solidario, está en el origen: es la técnica necesaria para plasmar ese ideal e idealizado, materialmente inexistente pero latente Contrato Social que está en el origen de la sociedad; de la sociedad políticamente organizada, de esa comunidad de intereses que es el Estado. Un pacto que se renueva periódicamente, diariamente, diría. Pacto que está en la Constitución y en las leyes, y que debe tenerse cotidianamente presente pues es el único capaz de transmutar la naturaleza de nuestra actividad. La solidaridad convierte la acción dispersa en acción colectiva, lo privado en público¹⁰⁰⁸.

Sob essas premissas, Silva¹⁰⁰⁹ afirma que “construir uma sociedade livre, justa e solidária corresponde a formar uma sociedade dotada dos valores supremos dos direitos sociais e individuais”, tais como “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça – que é aquela sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e fundada na harmonia social”.

¹⁰⁰⁶ CRFB/88

¹⁰⁰⁷ “sentimiento altruista que sugere a expressão, mas como a própria uma ligação coletiva de qualquer órgão político” Tradução livre do autor da presente Tese. REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, n. 161, maio/ago. 2003. p. 123-179.

¹⁰⁰⁸ “A solidariedade, a ação de solidariedade, está na origem: é a técnica necessária para plasmar esse ideal e idealizado, materialmente inexistente, mas latente Contrato Social que está na origem da sociedade; da sociedade politicamente organizada, a comunidade de interesses que é o Estado. Um acordo que é renovado periodicamente, a cada dia, eu diria. Pacto que está na Constituição e nas leis, e que deve estar cotidianamente presente, pois é o único capaz de transmutar a natureza de nossa atividade. A solidariedade converte a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público” Tradução livre do autor da presente Tese. REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, n. 161, maio/ago. 2003. p. 123-179.

¹⁰⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 46.

Junkes¹⁰¹⁰ acredita que “a solidariedade ali prevista [na Constituição] e associada à Justiça, deve ser identificada como fraternidade”, englobando tanto a solidariedade vertical¹⁰¹¹ como a horizontal¹⁰¹².

Dallari¹⁰¹³, ao considerar que cada homem é dotado inteligência e de vontade, e que o que é mais valioso para um é completamente desprovido de valor para outro, afirma que o Bem Comum é a finalidade social, ou seja, aquilo que atenda aos desejos de toda a Sociedade.

No sentido acima destacado, Lima¹⁰¹⁴ confirma a estreita relação entre a Solidariedade e o Bem Comum, dizendo que “a alma do Bem Comum é a Solidariedade. E a Solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana”.

Durkheim¹⁰¹⁵, um dos primeiros a sistematizar o estudo da Solidariedade social, afirma ser ela – a Solidariedade – é um fato totalmente moral.

Conforme Dyrland¹⁰¹⁶, o solidarismo é “a doutrina moral e social baseada na solidariedade social e na busca pela justiça social”.

¹⁰¹⁰ JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social e a sua relação com o Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 91.

¹⁰¹¹ “a solidariedade vertical se expressa nas formas tradicionais de intervenção e ação do Estado Social, ou seja, alude à ação direta dos poderes públicos com a intensão de reduzir as desigualdades sociais e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa humana”. (PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano**. In: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas, Luciano Meneses Reis. v.2. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008. p. 114).

¹⁰¹² “a solidariedade horizontal, por sua vez, diz respeito a um princípio que pode ser deduzido na Constituição, o de um necessário ‘socorro mútuo’ entre os próprios cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo”. (PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano**. In: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas, Luciano Meneses Reis. v.2. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008. p. 114).

¹⁰¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

¹⁰¹⁴ LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução à Encíclica “Mater et Magistra” do Papa João XXIII**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1963.

¹⁰¹⁵ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31. Título original: *De la division Du travail social*. Primeira edição em: 1893.

¹⁰¹⁶ DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. Solidariedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 775.

Abreu¹⁰¹⁷ entende que, contemporaneamente, a Solidariedade aderiu um valor maior. Atualmente, passou a denotar o “dever do Estado de assistência aos necessitados, o direito e o dever cívico entre os integrantes da sociedade, bem como o dever de efetivação dos direitos humanos sociais”. Prossegue o autor dizendo que a solidariedade “pauta-se na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa humana” e, por conta disto, “sua efetivação implica indiretamente a realização desses valores”.

Assim, pode-se supor que quando se fala em Solidariedade está-se pensando em vínculos concretos com o próximo, daí porque parece correto dizer que a Solidariedade está ligada ao desprendimento do egoísmo, o que capacita o homem a agir desejando a felicidade do outro, tornando possível o atingimento do Bem Comum, que é finalidade e a Função Social do Estado Democrático brasileiro.

Tanto é assim que Dallari¹⁰¹⁸ observou que “[...] se houver solidariedade, mais do que egoísmo, no relacionamento entre as pessoas, as injustiças sociais serão eliminadas e a humanidade poderá viver em paz”.

A propósito, Sen¹⁰¹⁹ sustenta que a “felicidade é extremamente importante, e temos muitas boas razões para tentar promover a felicidade de toda gente”. Para o autor, pela obviedade de sua importância, não são necessárias maiores afirmações sobre o que seria a felicidade; este estado do espírito “é certamente uma realização de magnitude ímpar e a sua importância é suficientemente manifesta”.

Nesse esteira, apropriando-se de alguns¹⁰²⁰ dos contornos da Teoria

¹⁰¹⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 256.

¹⁰¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 9.

¹⁰¹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009. p. 370. Título Original: *The Idea of Justice*.

¹⁰²⁰ Diz-se “alguns” porque não se assume a teoria utilitarista em sua integralidade, dado que o autor desta Tese concorda com as teorias que defendem alguns defeitos evidenciados na teoria de Bentham. Como disse Sandel, “a abordagem utilitarista contém dois defeitos: primeiramente, faz da justiça e dos direitos uma questão de cálculo, e não de princípio. Em segundo lugar, ao tentar traduzir todos os bens humanos em uma única e uniforme medida de valor, ela nivela e não considera as diferenças qualitativas existentes entre eles”. (SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira,

utilitarista de Bentham¹⁰²¹ – com o estudo delimitado ao campo dos Conflitos judiciais – vislumbra-se que a utilização de mecanismos alternativos de resolução de Conflitos podem levar, em maior grau, a felicidade aos envolvidos (e em grau maior e expressivo, à Sociedade), garantindo um alto nível de Efetividade na eliminação ou remediação das contendas, na medida em que estes sistemas extrajudiciais visam minimizar o sofrimento de ambas as partes envolvidas e não de apenas uma.

Retornando às ideias iniciais de Justiça Social e tendo-se em conta que a Função Social do Estado agrega a ideia de garantir o bem-estar da Sociedade, promovendo a Justiça; deve-se, então, considerar que os confrontos que naturalmente nascem no interior das Sociedades (muitas vezes reflexos da má administração pública em todos os seus aspectos) podem ser abrandados em níveis aceitáveis por ação das próprias partes.

Atentos a estas questões, Cintra *et al*¹⁰²² afirmam que “o objetivo-síntese do Estado Contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça”.

E, também, já afirmou Tornaghi¹⁰²³ que “o triunfo do Direito edifica as almas, conforta os corações, eleva o espírito e o arranca de tudo quanto é pequeno e mesquinho, para despertar-lhe o entusiasmo pelo bem e elevá-lo à altura da sublime perfeição”.

Como já estudado nas linhas precedentes a este Capítulo, a adjudicação é a técnica ordinária utilizada pelo Estado para “distribuir” Justiça. Entretanto, o cotidiano jurídico tem demonstrado que as partes que se socorrem ao Poder

2012, p. 322. Título original: *Justice: What's the Right Thing to Do?*. Primeira edição em: 2009).

¹⁰²¹ Para Bentham, o princípio da utilidade consiste em aprovar ou desaprovar “qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.” (BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Título original: *The Principles of Moral and Legislation*. Primeira edição em: 1789. p. 4.).

¹⁰²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31.

¹⁰²³ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 5.

Judiciário nem sempre conseguem atingir um estado de bem-estar que, em tese, poderia ser provocado por uma Sentença procedente. Em muitos casos, a prolação de uma decisão favorável não implica na promoção efetiva do bem-estar, ou seja, a Função Social do Estado.

Isso porque, não apenas uma decisão favorável parece ser capaz de modificar para bem o estado anímico de um indivíduo. A promoção do bem-estar envolve muito mais do que isso. Ainda que se obtenha uma decisão exitosa, o desgaste processual pode minimizar a dimensão do conforto proporcionado pelo conteúdo decisório.

Como disseram Cessetti e Sansana¹⁰²⁴, “falar-se em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem”.

Pensando-se em um modelo de Justiça Social, o firmamento de uma decisão que decreta o bem em favor de um dos litigantes parece emitir a ideia de que o Estado cumpre a sua Função em bem atender à Sociedade de maneira precária e parcial.

Como defendido no decorrer do presente trabalho e ratificado por Capra¹⁰²⁵, devido à capacidade humana de afirmar as suas preferências e determinar por elas suas escolhas, “os conflitos de interesses surgem inevitavelmente em qualquer comunidade humana; e o poder é o meio pelo qual esses conflitos são resolvidos”. Na cultura ocidental, é comum que esses dissensos sejam resolvidos por um poder de força estatal, o Poder Judiciário. Assim, as partes que se socorrem a ele parecem se investir de uma expectativa de compor os seus litígios de maneira justa, de forma a eliminá-los por completo, o que, pondera-se, nem sempre ocorre.

¹⁰²⁴ CESSETTI, Alexia Rodrigues Brotto; SANSANA, Maureen Cristina. Métodos Alternativos de resolução de conflitos – expectativas ao Poder Judiciário. **Revista Bonijuris**, Curitiba, n. 588, ano XXIV, p. 28-39, nov. 2012.

¹⁰²⁵ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 100. Título original: *The Hidden Connections*.

Mangini e Fiorelli¹⁰²⁶ afirmam que “muitas demandas existem porque indivíduos perderam o senso de realidade e desenvolveram a falsa crença de que os sistemas aos quais pertencem têm a obrigação de responder a todas elas”.

A resolução das lides pelo Poder Judiciário, normalmente, atenderá mais aos anseios de uma parte do que da outra, conforme o deslindar do Processo. Seguindo esta lógica acerca da abordagem judicial convencional de pacificação de Conflitos, Moore¹⁰²⁷ descreve que o seu resultado é “em geral, de ganho e perda e tem como premissa uma sentença indicando quem está certo e quem está errado [...] os resultados do processo são compulsórios e têm de ser cumpridos”.

Pasquino¹⁰²⁸ também observa que a tentativa do Processo consistirá “não em pôr fim aos Conflitos, mas em regulamentar suas formas de modo que suas manifestações sejam menos destrutíveis para todos os atores envolvidos”.

Destarte, ainda que o Poder Judiciário busque a solução mais eficaz e menos destrutível a ambas as partes, a decisão, ainda assim, será imposta por um terceiro imparcial que não participou da construção ou delimitação daquele Conflito jurídico. Além disso, a prolação de uma decisão nem sempre atingirá de forma satisfatória os interesses das partes, de maneira a eliminar em definitivo o Conflito, porquanto a Jurisdição, enquanto atividade substitutiva, irá pôr fim às animosidades do ponto de vista meramente jurídico, nem sempre resolverá o Conflito interno dos envolvidos. Ou seja, a decisão poderá definir o impasse, mas não é certo que ela extinguirá o Conflito.

Nessa linha de pensamento, Trindade¹⁰²⁹ pontuou que a partir do momento em que os processos são protocolizados “ocorre um processo de transferência de sentimentos de frustração, raiva, ou descontentamento com um fato

¹⁰²⁶ MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 92.

¹⁰²⁷ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 24. Título original: *The mediation process*.

¹⁰²⁸ PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. p. 228.

¹⁰²⁹ TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da Magistratura**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 69.

específico, para os atos processuais”, tornando-se, assim, o processo “uma forma de exteriorizar sentimentos cotidianos e mal resolvidos, alimentando condutas cada vez mais litigiosas” e esta maneira de resolver os dissensos se torna um empecilho para solucionar de forma amena os Conflitos.

No dizer de Pasquino¹⁰³⁰, a curto e médio prazo, os Conflitos podem ser sufocados ou desviados; todavia, em longo prazo as contendas não podem ser eliminadas. Para ele, “a supressão dos conflitos é relativamente rara”.

Bedaque¹⁰³¹ afirma que “exatamente porque muitas das tentativas de alteração da lei processual e do próprio Poder Judiciário não levam em consideração a natureza dos conflitos a serem dirimidos, os problemas permanecem”.

Tasse¹⁰³² também pontuou que “decisões judiciais são cumpridas, mas a pacificidade social não é atingida. Em muitos casos, a conclusão do processo serve apenas para o restabelecimento da discórdia entre as partes envolvidas”.

Para Bezerra¹⁰³³, “o direito é apenas um dos mecanismos tendentes à regulação dos conflitos. A solução ampla dos conflitos, porém, pode-se dar por fora da aplicação do direito”, uma vez que entende que “os próprios atores sociais podem solucionar seus conflitos. O que o direito resolve é a oposição de pretensões jurídicas.”

Como observou Innerarity¹⁰³⁴, “sem uma retração substancial das tarefas do estado a certas competências nucleares [...] não existe [...] a mínima possibilidade de a política compreender ou governar a extrema complexidade dos processos, problemas e projectos sociais”. O autor afirma que o que se impõe é uma revisão das tarefas do Estado.

¹⁰³⁰ PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. p. 228.

¹⁰³¹ BEDAQUE, José Roberto das Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 43.

¹⁰³² TASSE, Adel El. **A “crise” no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 41.

¹⁰³³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.34.

¹⁰³⁴ INNERARITY, Daniel. **O novo espaço público**. Tradução de: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Teorema, 2006. p. 246-247. Título original: *El nuevo Espacio Público*.

Nesta perspectiva, sustenta-se que os Meios Alternativos para a composição das controvérsias podem ser tidos como instrumentos eficientes para a composição das lides, mormente porque o seu dinamismo e eficácia vertem do fato de que as partes envolvidas no Conflito é que concordarão – aqui, portanto, não de forma coercitiva – com a forma de eliminar a contenda e poderão ver tutelados os seus direitos com maior rapidez, alcançando um plano de satisfação pessoal (felicidade) mais elevado.

Corroborando essa construção, Sales¹⁰³⁵ indica que “os meios amigáveis possibilitam a discussão dos problemas sob uma perspectiva que favorece a responsabilidade das partes”; desta forma, “oferece aos conflitantes a oportunidade e a possibilidade de solucionarem a controvérsia de maneira que ambas as partes sintam-se responsáveis pelo cumprimento do acordo, já que fora realizado por elas próprias”. Para ela, “os meios consensuais facilitam assim o diálogo entre as pessoas e criam um sentido de cooperação, possibilitando acordos adequados à realidade de cada um”.

Nessa seara, Sen¹⁰³⁶ sustenta ser necessário que as pessoas raciocinem, em suas reflexões privadas, acerca da fiabilidade das próprias convicções e de suas reações mentais, a fim de que descubram se as suas impressões mais imediatas não os estarão induzindo-os ao erro. Para ele, “a necessidade de refletir racionalmente sobre as nossas impressões e sentimentos não escrutinados pode ser defendida de modo imperativo e, até mesmo, irresistível”, para que se possa colocar na situação dos demais e avaliar as próprias inclinações.

Garcez¹⁰³⁷ acredita que, no mundo contemporâneo, os métodos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam espaço para os mecanismos negociais, uma vez que “cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e a resolução de

¹⁰³⁵ SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 35.

¹⁰³⁶ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009. p. 372-373. Título Original: *The Idea of Justice*.

¹⁰³⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.

controvérsias”. Para ele, o que vem ocorrendo são mudanças de paradigmas “passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos”.

Neste aspecto, Silva¹⁰³⁸ propõe que “a adoção de meios alternativos de solução de litígios está associada a processos e movimentos de informalização e desjudicialização da justiça, à sua simplicidade e celeridade processual”, isto mediante a utilização de “meios informais para melhorar os procedimentos judiciais e à transferência de competências para instâncias não judiciais, o que não leva ao enfraquecimento do Poder Judiciário”. Finaliza dizendo que “sobre tais formas alternativas de resolução de conflitos tenho a dizer que elas podem existir paralelamente à forma tradicional”.

Há de se levar em conta, conforme anota Bruyn Jr.¹⁰³⁹, “que o próprio preâmbulo da Constituição, reprisado, de certa forma, no art. 4º, VII, da Lei Magna, aponta para a busca, nas ordens interna e externa, de uma solução pacífica das controvérsias.”

Em discussão sobre a temática, Salomão¹⁰⁴⁰ afirmou que “em um mundo como o nosso, é absolutamente impossível você ter um único tipo de solução para os litígios, sejam eles de que natureza for. O mundo caminha para soluções extrajudiciais, em apoio à solução judicial, que vai ter sempre seu espaço”.

Importa dizer que o presente estudo não tem como finalidade, como já se disse antes, fazer diminuir a Efetividade do Poder Judiciário em sua atuação clássica adversarial, levando o leitor a concluir pela ineficácia deste organismo. O que se almeja sustentar é que as vias de pacificação dos contenciosos podem ser instituídas de modo a atender ao principal escopo e Função Social para o qual foram constituídas: a restauração da paz aos conflitantes de maneira natural e mais

¹⁰³⁸ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: mediação arbitragem e conciliação**. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21.

¹⁰³⁹ BRUYN JR., Herbert Cornelio Pieter de. O direito subjetivo à conciliação no Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade às causas de competência da justiça federal. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 132.

¹⁰⁴⁰ DAMASCENO, Tatiana. Alternativas extrajudiciais. **AMB Informa**, n. 162, nov. 2014. p. 15.

profunda, “capaz de resolver a questão sem traumas, com absoluto respeito aos envolvidos, levando a controvérsia, muitas vezes, a uma resolução satisfatória para ambas as partes”¹⁰⁴¹, alçando-se, via de consequência, o almejado (pelo Estado e pela Sociedade) bem-estar social.

Nessa senda, merecem destaque as palavras de Nalini¹⁰⁴² quando diz que “a sociedade brasileira não pode ser convertida num grande tribunal. Nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população”. O autor também compactua do entendimento reforçado por Atienza¹⁰⁴³ de que “o Judiciário há de ser reservado para as grandes questões”.

Conforme Perez¹⁰⁴⁴, para manter a justa paz coletiva, não basta apenas proclamar a exclusividade da Jurisdição como meio de se atingir a pacificação dos Conflitos. A justa paz da comunidade somente será atingida na medida em que o Estado for capaz de criar instrumentos adequados e eficientes para satisfazer às pretensões que a ele são levadas.

Dentro deste panorama, urge-se por um novo prisma de atividade jurisdicional, não apenas convencional – adversarial –, mas voltado a uma concepção compositiva dos Conflitos, privilegiando não a forma (o procedimento), mas acima de tudo. O bem-estar da Sociedade (alcance da paz social) a quem o serviço efetivamente se destina.

A propósito, Bruyn Jr.¹⁰⁴⁵ assevera que “para a preservação da dignidade da pessoa, intimamente vinculada ao respeito ao cidadão, impõe-se, naturalmente, a procura pelo meio mais célere e menos gravoso de obtenção dos resultados”, ou

¹⁰⁴¹ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem**: nas locações de imóveis urbanos. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 35.

¹⁰⁴² NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100. Primeira edição em: 1994.

¹⁰⁴³ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 709.

¹⁰⁴⁴ PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 19-26.

¹⁰⁴⁵ BRUYN JR., Herbert Cornelio Pieter de. O direito subjetivo à conciliação no Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade às causas de competência da justiça federal. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 133.

seja, aquele que leve ao melhor resultado, “com maior rapidez e o mínimo de desgaste de qualquer ordem, inclusive financeira”.

Cogita-se que o afastamento da Cultura da Sentença possibilitará uma maior Efetividade na atividade estatal judiciária; os Meios Alternativos de resolução de Conflitos parecem estar situados em lugar estremado, para serem utilizados apenas em pequenos casos, de pouquíssima relevância. Contudo, equivocadamente parece ser o desprestígio a estes mecanismos que têm como fim único e primordial a pacificação harmônica das partes. Essa descrença precisa ser revertida porque parece destoar do propósito maior do Estado Contemporâneo de elevar o grau de satisfação e felicidade do conjunto social.

Assim, longe de se imaginar um enfraquecimento do Estado, vislumbra-se aqui tão somente um fortalecimento do organismo estatal, visando o bem-estar comum, a felicidade das pessoas, e um efetivo cumprimento da Função Social do Estado Contemporâneo.

Diante de tudo o que foi exposto, supõe-se que o Estado Contemporâneo brasileiro progredirá em sua função de proporcionar o bem-estar social, na medida em que passar desenvolver medidas associadas para o aprimoramento da cultura coexistencial no país.

Como disse Grau¹⁰⁴⁶, “o futuro do direito, como qualquer outro futuro, depende do lugar a partir de onde o projetamos. Logo, se o projetarmos desde o lugar que ocupamos, não haverá futuro para o direito.”

Do que se expôs no presente trabalho, nasce a convicção de que períodos de crise e instabilidade no campo político e jurídico não são novidades. Como se viu na parte introdutória, a partir do Estado Moderno, as conquistas que se seguiram representaram superação de modelos entendidos como ultrapassados para suas respectivas épocas. Essas turbulências sempre afetaram e exerceram significativas influências na convivência social, aparentemente de forma mais efusiva em tempos presentes, em que as comunicações são instantâneas. Em alguns

¹⁰⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 312.

momentos, chegaram ao ponto de provocar enfrentamentos bélicos catastróficos sob o ponto de vista humanitário, a partir, inclusive, de justificativas que encontravam no Direito aparente proteção.

Tais ebulições históricas demonstram aos olhos dos que hoje miram o passado, sintomas de indeléveis mudanças em vários setores da convivência humana (na composição das Sociedades, nos formatos de Estado e nos modelos de Direito). Por outro lado, já se afirmou que são exatamente nesses tempos de crises e transformações que o ser humano consegue expandir seus conhecimentos, a partir da atividade empírico-científica.

Partindo-se dessa premissa, e tendo em conta a Função Social do Direito já defendida no presente estudo, parece possível acreditar que de forma ousada, criativa, ética e prospectiva deve-se projetar o devir de maneira que se imagine um resultado mais satisfatório por conta da atuação do Estado em sua Função Jurisdicional. Não é de hoje, não é local, mas esse sentimento de insatisfação social por conta de um serviço de natureza pública prestado de maneira ineficiente deve ceder espaço à esperança. No entanto, não apenas de retórica esperança, mas de esperança forjada em um agir, que pressupõe coragem e determinação em relação ao novo.

Sustenta-se que transformações positivas e criativas pretendendo um Direito (futuro) melhor, em meio à crise que permeia todos os quadrantes e atividades do Estado, são de responsabilidade de toda a Sociedade, mas, em especial, da academia, daqueles que se dedicam a estudar o Direito, sobretudo daqueles que não se contentam apenas em analisá-lo em retrospectiva, acomodando-se em críticas estéreis (salvo se esse ponto de análise servir para que algo de melhor se projete). Do contrário, as trincheiras acadêmicas devem se posicionar, não podem se omitir e, ainda que sujeitos a erros e correções, devem os operadores utilizar de suas inteligências criativas para propor um novo modo de ver e aplicar o Direito. Esse novo olhar deve ter como destinatário o ser humano, e como objetivo a sua felicidade. E assim deve ser porque nos dizeres de Atienza

"Podemos hacer más"¹⁰⁴⁷, a partir princípios jurídicos de caráter universal, que tenham como base também uma moral universal.

Essa utopia fundada em premissas aparentemente válidas sustenta o presente trabalho, no sentido de que os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos devem ser reconhecidos como ferramentas úteis, eficientes; não podem mais povoar a periferia da atividade estatal, espalhados sem uma necessária organização e sistematização ao fim a que se destinam: a paz social proveniente do desejo, do "sentir" dos próprios envolvidos. Esses, os personagens dos litígios que batem às portas do Poder Judiciário brasileiro são aqueles que melhor do que qualquer Juiz conhecem a raiz e, portanto, a solução dos problemas que geraram o Conflito. Tais mecanismos pacificadores não podem ficar apenas ao controle de entidades não governamentais ou privadas – ainda que a elas não se negue efetiva participação na solução de contendas em nossa Sociedade atual, como já se citou no presente estudo – pois o ente Estatal não estará (ou de forma reduzida estará) sujeito às pressões e interesses.

Por isso, defende-se de maneira convicta que esses Meios Alternativos devem estar organizados e institucionalizados pelo Estado brasileiro em sua atuação Jurisdicional, de modo a servir como etapa prévia e facultativa destinada a resolver os litígios judicializados e assim alcançar maior dose de Efetividade, trazendo satisfação e contentamento social e, portanto, concretizando a Função Social do Estado Democrático brasileiro. A prática dessa Função Social resgatará o espaço de importância que parece ter perdido o Estado a partir do agigantamento dos grandes grupos econômicos e financeiros em um mundo interligado e transnacional, elevando seu patamar de legitimidade interna.

Reconhece-se, pois, um período de crise, de transformações na Sociedade brasileira e mundial. O Poder Judiciário brasileiro precisa ser repensado no que diz respeito à processualística vigente. Há que se ter coragem e mirar o

¹⁰⁴⁷ ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el Derecho. Espanha: Pasos Perdidos, 2013. p. 57.

futuro. Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, empiricamente já estudados e testados demonstram ser eficazes ao alcance da solução profunda dos Conflitos e podem contribuir para uma redução da insatisfação e proporcional crescimento do contentamento da Sociedade brasileira com o serviço público que está sob a responsabilidade do Poder Judiciário em nosso país.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSÕES

A desejada elevação dos padrões econômicos e sociais dos países que ainda não alcançaram um grau elevado de evolução passou a encontrar obstáculo diante da ineficiência da atividade estatal jurisdicional, que parece não conseguir responder às demandas individuais e coletivas cada vez mais complexas, prestando o serviço que lhe é cobrado pela Sociedade, com a segurança e a agilidade exigida nesses novos tempos da era digital. Essa situação caminha no sentido de confirmar a insuficiência das teorias clássicas da modernidade, e do modelo de Direito delas decorrente, preso ao formalismo e às amarras do positivismo, frente à inexorável transformação das relações interpessoais em uma Sociedade transnacional e globalizada. Evidenciado o descompasso, surge o atrito.

Nesse sentido, Streck¹⁰⁴⁸ confirma que os juristas na atualidade só conseguem raciocinar o problema a partir da visão liberal-individualista-normativista de produção do Direito. Sendo assim, a crise do modelo de produção do Direito se verifica porque a dogmática jurídica, nesses tempos de Sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua operando com a mentalidade forjada em um Direito construído para solucionar Conflitos interindividuais, como se vê em nossos Códigos. Esse exacerbado individualismo, sustenta o autor, parte da percepção de que os direitos do indivíduo são mais importantes do que os direitos da comunidade, privilegiando as leis de mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas encontram limitação.

Nas últimas décadas, os fenômenos da Globalização e da Transnacionalização aceleraram a transformação das culturas, comportamento e necessidades das Sociedades modernas. Esses novos conceitos, demandas e interesses, aliados à ampliação dos direitos fundamentais – alcançada com o surgimento dos Estados Constitucionais Democráticos, que alargaram o campo de proteção jurídica formal do cidadão –, provocaram um aumento substancial da procura (acesso) ao Judiciário, notadamente em países como o Brasil, onde os direitos sociais não se implementaram por completo, seja pela ausência de recursos,

¹⁰⁴⁸ STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 43, 44 e 46.

seja por sua má administração.¹⁰⁴⁹

Diante desse contexto, parece possível afirmar, a partir do aporte teórico lançado no presente trabalho, que o Processo Judicial, formal e tradicional, como modalidade única de resolução dos Conflitos resistidos, demonstra ter se tornado mecanismo ineficaz e insuficiente para a almejada resolução dos Conflitos e enfrentamento, pelo Estado, dos novos desafios do mundo contemporâneo. Por outro lado, esta complexidade e as ingerências do poder econômico parecem ter diminuído o campo de influência do ente estatal no dia a dia das pessoas. Como asseveram Real Ferrer e Cruz¹⁰⁵⁰, “o mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.” No entanto, há que se sopesar em um fortalecimento da atividade estatal jurisdicional para o enfrentamento dessa problemática social.

A partir destas considerações prévias, como se viu, desenvolveu-se a presente Tese, inserida na linha de pesquisa Principiologia Constitucional e Política do Direito, área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. A Tese de doutoramento objetivou encontrar suporte teórico para uma proposta de atividade jurisdicional, dentro da sistemática processual brasileira, que incorpore os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos como modalidades opcionais, voluntárias e organizadas – porém institucionalizadas – à disposição da Sociedade, com o intuito de proporcionar condições para que o Estado cumpra com sua missão de melhor promover o bem-estar social, por meio do Poder Judiciário, ao proporcionar um tratamento eficiente aos Conflitos judicializados.

Para tanto, fez-se necessária a utilização de importante bibliografia, concentrando o campo de estudos notadamente nas bibliotecas da Universidade de Alicante, na Espanha, e da Universidade do Minho, em Portugal – o que se tornou possível em razão de se tratar de doutoramento em dupla titulação com bolsa de

¹⁰⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. p. 281-282.

¹⁰⁵⁰ REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica**. Disponível em: www6.univali.br/seer/index.php/nejarticle/download/14371140. Acesso em: 21 nov. 2015.

estudos concedida pela Universidade do Vale do Itajaí, colocada à disposição da instituição de ensino pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), por meio do Programa de Bolsa – PDSE (Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior) e também bolsa de estudos oferecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) –, e na Biblioteca da Universidade do Vale do Itajaí, com grande arsenal bibliográfico. Além destas, também foram fontes de pesquisa as bibliotecas da Universidade Federal do Estado de Santa Catarina (UFSC) e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. As dificuldades encontradas pelo autor na busca por obras estrangeiras, em bibliotecas ou livrarias brasileiras, foram, portanto, abrandadas em razão da possibilidade do período de pesquisas na Espanha e em Portugal. Além da busca por esse acervo estrangeiro, a permanência naqueles países possibilitou um acompanhamento do estágio e efeitos da aplicação dos Meios Alternativos de solução de Conflitos naqueles países e na Europa como um todo, de modo a tornar possível a compreensão de seus efeitos positivos às necessidades dos jurisdicionados.

O aporte bibliográfico colhido destes bancos auxiliares foi indispensável ao que se pretendeu sustentar na presente Tese, porquanto serviram de esteio para a conexão de todas ideias que foram reunidas para se chegar ao último capítulo, no qual os problemas centrais da Tese puderam ser trabalhados em sua essência.

A proposta de explorar o assunto foi desencadeada pelos seguintes questionamentos:

a) no Brasil, existe, atualmente, um serviço ineficaz prestado pelo Poder Judiciário, decorrente do excesso de formalismo processual e da lentidão dos julgamentos, que provoca uma taxa de congestionamento cada vez maior das ações judiciais. Esta situação caracteriza um quadro de crise do sistema e aumenta o descrédito da população em relação ao serviço público que a ela se destina?

b) a proposta de um novo paradigma¹⁰⁵¹ – não adversarial – para a

¹⁰⁵¹ O presente estudo não propôs a ideia de que a maior utilização dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos – isoladamente considerada – seja o fato determinante para que haja uma efetiva mudança das predisposições culturais já existentes, no sentido do uso do poder adjudicante como *prima ratio*. Pacere certo que a quebra de paradigmas é algo muito mais amplo e complexo e

atividade jurisdicional estatal brasileira deve passar, necessariamente, por câmbios legislativos que transcendam ao plano legal-jurídico, abarcando transformações nos planos da formação acadêmica dos futuros operadores do Direito, de preparação e aperfeiçoamento dos profissionais e de conscientização geral da Sociedade?

c) os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, segundo experiências já presentes na legislação brasileira e na estrangeira, podem se mostrar ferramentas mais eficientes à solução dos litígios judicializados, porque alcançam com maior profundidade a solução da controvérsia e confirmam os princípios do Acesso à Justiça, Efetividade, celeridade e economia de custos da atividade judiciária estatal?

d) a busca e a implementação de alternativas visando solucionar esse fraco desempenho do Poder Judiciário caminhará ao encontro do resgate da Função Social do Estado perante a Sociedade, como hipótese de seu fortalecimento frente ao cenário atual de influências extensivas e de crise interna da atividade jurisdicional?

Assim, para equacionar tais questionamentos foram levantadas as seguintes hipóteses:

1. O Poder Judiciário, no Brasil, não consegue cumprir a contento o seu papel. O crescimento vertiginoso do número de ações ajuizadas, sem que tivesse havido uma proporcional estruturação deste Poder, somado à ausência de alternativas, tem provocado um aumento crescente da taxa de congestionamento dos processos e da insatisfação social. Essa situação agravou-se, sobretudo, após a fase histórica de redemocratização do País, época em que afloraram os direitos fundamentais, expandindo-se o acesso formal ao Judiciár.

2. Instituiu-se no Brasil a Cultura da Sentença, a saber, de pacificação mediante o contencioso judicial como única e não última alternativa para a restauração da harmonia entre os sujeitos. Ao longo dos anos, as

que envolve diversos outros fatores para que isso aconteça, como algumas das iniciativas da administração pública. Assim, no relatório, o sentido adotado para o uso da palavra “paradigma” diz respeito meramente ao seu sentido etimológico (do grego, paradeigma): “modelo”, “padrão”.

matrizes curriculares dos cursos de graduação em Direito têm estimulado a resolução de conflitos por intermédio da força estatal.

3. A utilização dos Meios Alternativos de Pacificação Social demonstra a sua efetividade na medida em que eles se apresentam como institutos menos burocráticos e, por consequência, mais céleres de resolução de conflitos.

4. Os Meios Alternativos de pacificação social podem ser considerados mecanismos eficazes na busca do abrandamento do quadro de morosidade crônica demonstrado pelo Poder Judiciário brasileiro nas últimas décadas. Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese e são aqui resumidos, como segue.

Resulta do estudo que as hipóteses acima vertidas restaram todas confirmadas, conforme se passa a expor.

A primeira hipótese deve ser confirmada. O quadro de morosidade crônica da prestação jurisdicional, apresentada com as estatísticas do relatório “Justiça em Números”¹⁰⁵², somado à crescente taxa de congestionamento de processos, configura um cenário de reconhecida crise do Poder Judiciário e isto não se distancia em muito da situação já vivida, ou ainda experimentada por outros países. A resolução dos Conflitos e a eficiência dos serviços judiciários objetivadas com a atuação estatal na esfera do Judiciário são metas, segundo se apurou, longe de serem efetivamente realizadas. E parece que isso é assim em razão da realidade de escassez de recursos, humanos e materiais, e das dificuldades relacionadas a uma legislação excessivamente formalista, que em raros momentos aproxima as partes para uma tentativa de solução amistosa do litígio. Ao contrário, o sistema convencional, afastado da busca prioritária do consenso, privilegia a disputa e permite a tramitação exageradamente longa dos processos, fazendo com que decisões proferidas tenham perdido, em função do tempo, sua utilidade ou necessidade. Essa letargia estatal afronta aos princípios de celeridade, Efetividade,

¹⁰⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça em números**: relatório de 2015, ano-base: 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 16 set. 2015.

economia processual e ao Direito fundamental à razoável duração do processo.

Os avanços e conquistas, no campo legislativo, tais como o novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e as alterações na Lei de Arbitragem, ainda que se reconheça serem medidas prestigiadoras da instrumentalidade processual; a criação dos Juizados Especiais e a elevação ao patamar de direito fundamental do princípio da razoável duração do processo não se mostraram suficientes ao desiderato pretendido, pois subsiste o crescimento da taxa de congestionamento do Judiciário. Pode-se citar como uma das causas do aumento da Judicialização dos feitos a ampliação por parte da Sociedade do conhecimento de seus direitos, notadamente a partir da redemocratização de nosso País, o que motivou o crescimento do número de ações ajuizadas – da ordem de 106% no quinquênio 2009-2013¹⁰⁵³. Tais dados confirmam que soluções mais efetivas hão de ser implementadas, sob pena de agravamento paulatino do quadro, com sérios e prejudiciais reflexos à Sociedade brasileira.

Por fundamentos semelhantes aos argumentos supralançados, a segunda hipótese também é confirmada. Sob a égide do não formalismo e maior celeridade, segundo os estudos relatados, algumas iniciativas dos poderes legislativo e Judiciário indicam a criação paulatina de uma cultura não adversarial, privilegiando os Meios Alternativos como primeira hipótese de resolução dos dissensos individuais e coletivos judicializados. Entretanto, como dito, parece que a simples positivação legal não é suficiente para suplantar a Cultura da Sentença diante do cenário de ineficiência apurado e do fomento ao demandismo na maior parte dos cursos de ensino jurídico no Brasil. Como disse Oliveira Júnior¹⁰⁵⁴ “essa insistência surda na forma convencional de formação jurídica não traduz as aspirações da sociedade que está ávida por outras alternativas, não compreende as necessidades do Estado e do Poder Judiciário que grita por socorro”. Os dados que ilustraram a pesquisa, demonstram essa tendência, indicando que menos da metade dos cursos de Direito no Brasil contemplam componente curricular sobre mecanismos consensuais de

¹⁰⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. p. 63. Acesso em: 26 nov. 2014.

¹⁰⁵⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**. v.3. n.5. p. 22-23. dez. 2009.

resolução de Conflitos. E tais dados parecem refletir a reduzida importância dada ao tema pela própria administração do País, porquanto a implementação de disciplinas que visam ao estudo dos meios não adversariais está ausente do rol de conteúdos mínimos (fundamentais e profissionalizantes) do Curso de Direito estabelecidos pela Portaria n. 1.886/94 do Ministério da Educação.

Nessa conjuntura, observou-se que a estruturação do Poder Judiciário necessita ser repensada, de modo que sejam inseridas no ordenamento processual brasileiro, de forma sistematizada, soluções não ortodoxas de resolução dos Conflitos existentes, uma vez que a tutela jurisdicional coercitiva não tem se mostrado um efetivo pacificador social. A implementação de disciplinas dentro das universidades e das escolas de preparação e aperfeiçoamento dos profissionais operadores do Direito, voltadas aos mecanismos alternativos de pacificação, vislumbra-se como essencial para o desenvolvimento de uma cultura não adversarial de resolução de Conflitos.

A terceira hipótese também deve ser confirmada. Como visto ao longo do relatório final, cogita-se que a difusão dos Meios Alternativos de resolução de Conflitos podem servir como mecanismos complementares a uma menor movimentação da máquina judiciária e conseqüente celeridade e economia processuais, propiciando a atuação do Estado-Jurisdição de maneira a melhor atender aos anseios e bem-estar da Sociedade a quem deve servir. Não apenas isto, por representarem e expressarem a vontade de ambos os litigantes, estes métodos de pacificação demonstram grande possibilidade de efetivamente cumprir e solucionar não somente a demanda jurídica em seu aspecto formal, mas igualmente a questão social (o litígio em seu conteúdo social) em relação às pessoas envolvidas no dissenso judicializado. Resultado que possibilita, de igual forma, o abreviamento da resposta estatal e a economia de custos às partes e ao próprio Estado, em conformidade com os princípios da economia processual e celeridade; este último, confirmador do Direito Fundamental à razoável duração do processo. Além disso, parece possível afirmar que uma resolução ampla e profunda do Conflito trará ao cidadão e, portanto, à Sociedade, em uma dimensão ampliada, a sensação de conforto e de felicidade promovedoras do bem-estar social.

No tocante à quarta hipótese, observou-se que esta, igualmente, restou confirmada. Dos dados da pesquisa, colhe-se que o Estado, do ponto de vista do ideal de cumprimento de sua função social, mediante a atuação do Judiciário, tem se mostrado ineficiente. Os reflexos da lentidão e da ineficiência do Judiciário são sentidos em todos os setores da vida social. Os negócios, as relações interpessoais e todo o complexo relacionamento social têm experimentado retrocessos, neste País com importante economia mundial, integrante dos BRICS¹⁰⁵⁵, diante da dificuldade em se obter uma prestação jurisdicional rápida e eficiente. O difundido conceito popular de que a máquina estatal não funciona a contento em todas as atividades que experimenta, tem, no que diz respeito ao Judiciário, um exemplo presente e concreto no imaginário da Sociedade brasileira. Esse quadro contribui, sem dúvida, para o travamento do crescimento econômico e social do próprio país. Assim, parece se evidenciar o problema no sentido do não cumprimento, pelo Estado, de sua Função Social, quando não aparelha física e instrumentalmente um de seus Poderes para atender à Sociedade a quem deve servir. Nesse sentido, aparelhado o Estado-jurisdição com meios eficazes de solução das controvérsias, a satisfação social aumentará na mesma proporção em que diminuirão os problemas acima referidos causados pela lentidão e ineficácia do sistema.

Foram apontados neste estudo os sistemas coexistentes utilizados no Brasil: a Negociação; a Conciliação; a Mediação e a Arbitragem, com destaque a estes, por serem os mais usuais, mas sem desconhecer a existência de outros mecanismos híbridos e aqueles organizados à margem do Estado, ou seja, no âmago da própria Sociedade (Associações, Conselhos Comunitários, Sindicatos etc.) que também contribuem para o alcance da Pacificação Social.

Notadamente em função das percepções oriundas do tempo de pesquisa do doutorando em solo estrangeiro (Espanha e Portugal), deu-se breve destaque, em quadro anexado, às legislações brasileira, portuguesa e espanhola atinentes aos métodos autocompositivos. Ressalva-se, entretanto, que o panorama que se

¹⁰⁵⁵ Termo criado pelo economista Jim O'Neil. Indica as iniciais dos 5 países considerados emergentes na economia mundial (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – South Africa). **Brasil escola: Geografia**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/geografia/bric.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

apresenta no anexo não tem intuito de estudo no campo do Direito comparado, sendo meramente um quadro ilustrativo que tem por objetivo complementar a argumentação teórica lançada no relatório, no sentido da existência de sólida disciplina normativa de meios alternativos nos países ibéricos referidos.

Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos parecem se revelar eficientes mecanismos de Pacificação Social, que podem orbitar não apenas em âmbito extrajudicial, de forma esparsa e não organizada (institucionalizada) pelo ente estatal, como se vê atualmente em nosso sistema, mas também na esfera judicial, de forma sistematizada, institucionalizada, porém, opcional, voluntária, preservando suas características e fundamentos básicos, consoante exposto nos estudos de Calmon¹⁰⁵⁶. Segundo o que se defende no presente trabalho, a utilização destes métodos de composição, diferentes daqueles já presentes no Processo Judicial brasileiro, no entanto, não visa à substituição da Jurisdição estatal ou sequer almeja concorrer com ela, mas apenas servir de complemento útil, opção hábil a resolver controvérsias cada vez mais volumosas e complexas, criadas nessa fase de intensa interatividade do convívio social.

Há muito ainda a ser pesquisado, pelos operadores do Direito e pelas autoridades em Educação, para que a Cultura da Sentença possa ser revertida dentro das universidades, com significativas mudanças na matriz curricular dos cursos de Direito e de preparação e aperfeiçoamento dos profissionais da área jurídica, pois, como dito, poucos possuem disciplinas ou conteúdos programáticos voltados à solução pacífica de Conflitos. Perde-se nesse vazio a oportunidade de formação de um profissional do Direito que tenha em mente – e em suas ações cotidianas – o conhecimento e a capacidade técnica de um autêntico pacificador, uma pessoa capaz de entender e propor ou mediar a resolução eficaz de um Conflito. Assim, a cultura da Conciliação – resolução dos Conflitos pela via não adversarial – está afastada dos bancos e livros dos centros formadores e de aperfeiçoamento dos profissionais do Direito.

Aventa-se, por oportuno, que a difusão do conceito e da cultura da

¹⁰⁵⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 86-90.

desjudicialização dos Conflitos entre os operadores jurídicos e acadêmicos em geral, já presente no sistema educacional e de formação profissional de outros países desenvolvidos, e sua primazia na legislação processual, possa firmar um caminho que possibilite que a garantia constitucional do Acesso à Justiça se viabilize de maneira plena e efetiva, não se limitando apenas ao aspecto formal.

Finalizando este estudo, cogita-se que o afastamento da Cultura do Conflito e o estabelecimento de um novo cenário em que o diálogo entre os envolvidos possa se desenvolver, possibilitará uma maior Efetividade na atividade estatal judiciária, atendendo-se ao princípio da razoável duração do processo e, sobretudo, propiciando-se uma qualidade na resolução dos Conflitos por certo não alcançada com o sistema atual (cuja única opção é a resolução imposta pelo Estado). Assim, longe de se imaginar um enfraquecimento (ou para os mais céticos, o fim do Estado), propõe-se um fortalecimento do organismo estatal, visando, em fim único e primordial, o bem-estar comum, a felicidade das pessoas, e um efetivo cumprimento da Função Social do Estado Contemporâneo.

Assim se cogita em razão das benéficas repercussões que alcançarão o meio social, a partir da existência organizada e sistemática de meios não adversariais, como etapa inicial (e opcional) no tratamento dos litígios judicializados no Brasil. Esses métodos pacificadores, embora existentes de forma esparsa em nossa legislação, ainda não alcançaram o máximo de sua potencialidade apaziguadora porque se encontram timidamente elencados em nossa legislação e, sobretudo, porque não difundidos de maneira que pudessem alcançar a mente dos operadores jurídicos na práxis forense.

Esse novo cenário que se projeta se propõe a mudar, no imaginário social, não apenas a percepção dos cidadãos brasileiros acerca do serviço público oferecido pelo poder judiciário – atualmente negativa –, mas, sobretudo, trazer a esses cidadãos a segurança e a confirmação de que os naturais conflitos que surgem a partir da convivência humana (potencializados em nossos tempos) serão tratados de forma eficaz, a partir de uma visão pacifista, não mais estritamente litigante. Esse porvir criará um ambiente social de satisfação. Ainda que não se negue a colaboração de organismos da própria sociedade civil, destinados à

resolução de controvérsias, o Estado ocupará um espaço que a ele se destina, se admitida a ideia de ter sido idealizado com o fim maior de atender aos interesses e necessidades da Sociedade a quem deve servir e em relação à qual sua existência, em última análise, se justifica.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Dizionario di filosofia*. Primeira edição em 1960.

ABREU, Leonardo Santana de. **Direito, Ação e Tutela Jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de Direito. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AGRA, Walber Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; PINHO FILHO, Francisco Bilac Moreira (Orgs.). **Constitucionalismo e Estado**. Rio de Janeiro: Forense.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Título original: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten*.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84. p. 175-199, out./dez. 1996.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. Título original: *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996, p. 01. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/609>. Acesso em: 3 jan. 2012.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA – 2014. São Paulo: ConJur Editorial, 2014.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de Direito e Estado Constitucional: qual o dever de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? *In*: Pasold, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAS, Vladimir. **Conflagrado nos tribunais, Brasil tem um processo em andamento para cada dois habitantes**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/conflagrado-nos-tribunais-brasil-tem-um-processo-em-andamento-para-cada-dois-habitantes-16822691>. Acesso em: 19 jul. 2015.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela**

morosidade da Justiça. Campinas: Copola, 1999.

Arbitragem ganha cada vez mais legitimidade com jurisprudências e legislações favoráveis. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, Ano 1, n. 1. p. 3-33. set. 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Mário da Gama Kury. 4.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. Título original: *Hqika Nikomaceia*.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: UnB, 1985. Título original: *Πολιτικά*

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Título original: Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques. Primeira edição em: 1998.

Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/categorias/s1-institucional/c1-sobre-ajuris/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

ATIENZA, Manuel. Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos. *In*: BERGALLI, Roberto (Coord.). **Contradicciones entre derecho y control social.** Barcelona: Goethe Institut y M. J. Bosch, 1998.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica.** Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito.** Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora. 2014. Título original: El sentido del Derecho.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más:** otra forma de pensar el Derecho. Espanha: Pasos Perdidos, 2013.

AURÉLIO, Marco. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 88-90, out./dez. 2007.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** v.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação.** 3.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

AZEVEDO, André Gomma. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais:** A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na

solução dos conflitos. *In*: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas *et al.* Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARRETO, Irineu Cabral. **A convenção europeia dos direitos do homem anotada**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

BARROSO FILHO, José. O Direito é um instrumento de paz e justiça. **Revista Justiça e Cidadania**. Rio de Janeiro, n. 173. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2015/01/o-direito-e-um-instrumento-de-paz-e-justica/>. Acesso em: 30 abr. de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 80, jan./mar 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BASSIL, Sonia Boueir. El acceso a la justicia en Latinoamérica desde las perspectivas. *In*: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia**: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998. Título original: *Postmodernity and its Discontents*. Primeira edição em: 1997.

BECKER, L. A. **Qual é o Jogo do Processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto das Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Título original: *The Principles of Moral and Legislation*. Primeira edição em: 1789.

BERGOGLIO, María Inés. Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evolución de la mediación en Córdoba, Argentina. *In*: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia**: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v.6, n.4, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 25 set. 2014.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIANCHI, Giorgio. Neutralismo. *In*: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. Título original: *Dizionario di política*.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênica.

BILBENY, Norbert. **Justicia compasiva**: La justicia como cuidado de la existencia. Madrid: Tecnos, 2015.

BITTAR, Eduardo C.B. **O Direito na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L' Etàt dei Diritti*. Primeira edição em: 1992.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marcos Aurélio Nogueira. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. Título original: *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*. Primeira edição em: 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e a noção dos Clássicos. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Título original: *Teoria Generale Della Política*.

BONATTO, Vanderlei Luis Kronbauer. Função Social do Advogado. *In*: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula (coord.). **Ética na advocacia**. 2.ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 26.ed. São Paulo:

Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Brasil escola: Geografia. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/geografia/bric.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Disponível em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.108/2014**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>. Acesso em: 27 nov. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim PJe**, Brasília/DF, edição n. 7. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/boletim-pje/archive/view/listid-19-assessores-de-comunicacao-do-poder-judiciario/mailid-6741-boletim-pje-edicao-7>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ assina acordo de cooperação com Judiciário francês**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30346-cnj-assina-acordo-de-cooperacao-com-judiciario-frances>. Acesso em: 11 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2014/SNC_global_final.pdf. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30086-justica-se-compromete-a-priorizar-conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos>. Acesso em: 19 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77272-aprovada-resolucao-que-determina-a-criacao-de-nucleos-socioambientais-em-orgaos-do-judiciario>. acesso em: 9 mar. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77314-juizados-civeis-do-rio-de-janeiro-inovam-ao-oferecer-conciliacao-online>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/campanhas>. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Jovem e sobrecarregado, sistema de**

juizados discute problemas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30579-jovem-e-sobrecarregado-sistema-de-juizados-discute-problemas>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>. Acesso em: 17 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Nova versão do PJe começa a ser testada no TJPR e TJRO.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79266-nova-versao-do-pje-comeca-a-ser-testada-no-tjpr-e-tjro>. Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Eletrônico reduz em 61% consumo de materiais no DF.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/77550-pje-reduz-em-61-consumo-de-materiais-em-tribunal-do-df>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo judicial eletrônico.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo_judicial_eletronico_pje/processo_judicial_eletronico_grafica2.pdf. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Processo Judicial Eletrônico (PJe).** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Justiça em números:** relatório de 2015, ano-base: 2014. Caderno de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 11.** Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/juizadosaeroportos/Provimento%2011.2010%20CNJ.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Redes sociais do CNJ ultrapassam a marca de 1,5 milhão de seguidores.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79296-redes-sociais-do-cnj-ultrapassam-a-marca-de-1-5-milhao-de-seguidores>. Acesso em: 7 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014:** ano-base 2013. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 185, de 20 de dezembro de 2013.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61184-publicada-no-diario-da-justica-a-resolucao-do-pje>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 201/2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>. Acesso em: 6 mar. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/6887-resolucao-do-cnmp-estabelece-regras-de-conciliacao-e-negociacao-no-mp?highlight=WyJyZXNvbHVjYW8iLDEExOCwicmVzb2x1Y2FvIDExOCJd>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118?highlight=WyJyZXNvbHVjYW8iLDEExOCwicmVzb2x1Y2FvIDExOCJd>. Acesso em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Constituição do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 1 de jul. de 2015.

BRASIL. Lei 13.105. Código de processo civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 30 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 3 mar. 2015.

BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Disponível em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Ministério Público. Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/escola-nacional-de-mediacao-enam/nucam/>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.169, de 19 de fevereiro de 2014. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/push/>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 97.012008-7/1999. Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu. Sessão de 13 maio de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ato Regimental n. 76/2006**. Disponível em: http://www.tjsc.jus.br/institucional/conselho_gestor/conselho_gestor.html. Acesso em: 27 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Casas da Cidadania**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/casadacidadania/cidadania.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Juiz agrário de SC faz balanço positivo ao iniciar trabalho de pacificação no campo**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-agrario-de-sc-faz-balanco-positivo-ao-iniciar-trabalho-de-pacificacao-no-campo>. Acesso: 11 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Prêmio Conciliar é Legal vai para servidora da Justiça catarinense**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/servidora-da-comarca-de-joinville-conquista-reconhecimento-nacional-no-cnj>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução 10, de 27 de abril de 2004**. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/mutirao/legislacao/resolucao200410.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução 11, de 7 de dezembro de 2005**. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/tj/programas-alternativos-de-solucao-de-conflitos/nucleo-de-conciliacao-2-grau>. Acesso em: 27 nov. 2014.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BRUGGER, Winfried. O bem comum como conceito de integração entre segurança jurídica, legitimidade e conveniência. *In: Revista da AJURIS*, Seção doutrina estrangeira, v.34, n.106, junho 2007.

BRUYN JR., Herbert Cornelio Pieter de. O direito subjetivo à conciliação no Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade às causas de competência da justiça federal. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDEAU, Georges. **L'État**. Paris: Éditions du Seuil, 2009.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Informação fornecida na aula magna do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, Univali, em 10 de agosto de 2015.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: TJRS, 2013.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina. Disponível em: http://www.camesc.com.br/quem_somos. Acesso: 15 set. 2015.

CAMP, Eduard Vinyamata. Introducció a la conflictologia. *In*: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, Adriana; SILVEIRA, Alessandra. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto de uma modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 152, ano 38, p. 135-149, out./dez. 2001.

CAPOGRASSI, Giuseppe. A ambigüidade do Direito Contemporâneo. *In*: CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução e adaptação de Hiltomar Martins Oliveira. Coleção Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Líder, 2012. Título original: La crisi della giustizia.

CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, v.16, n.61, p. 161-177, jan./mar., 2008. Título original: Accesso Allá giustizia come prigramma di riforma e come método di pensiero. Primeira edição em: 1982.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: *Access to Justice*. Primeira edição em: 1988.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005. Título original: *The Hidden Connections*.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da Solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 405, p. 3-25, set./out. 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Segurança Jurídica e o papel institucional do STJ**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/carlos-alberto-carmona-seguranca-juridica-papel-institucional-stj>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Título original: *Instituciones del proceso civile*.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Título original: *Sistema di diritto processuale civile*.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da função social do Direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CASANOVAS, Pompeu. El diálogo como fuente de derecho. *In: Materiales del libro blanco de la mediación en Cataluña*. v.2. Catalunya: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CATENA, Victor M. (Director); CEBRIÁN, Marco V.; FLUJA, Vicente G.; MANZANARES, Raquel C.; SUARÉZ-BÁRCENA, Emilio; CONTRERAS, Luis M. **Manual de Organización Judicial**. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

CEBOLA, Cátia Marques. **Resolução extrajudicial de conflitos**: colectânea de legislação. Lisboa: Almondina, 2011.

CESSETTI, Alexia Rodrigues Brotto; SANSANA, Maureen Cristina. Métodos alternativos de resolução de conflitos: expectativas ao Poder Judiciário. *In: Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 588, ano XXIV, p. 28-39, nov. 2012.

CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. A função social do advogado no Brasil do século

XXI: percursos e percalços. *In*: FERRAZ, Sérgio; MACHADO Alberto de Paula (coord.). **Ética na advocacia**. 2.ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título original: *Instituzioni di diritto processuale civile*. Primeira edição em: 1942.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 31.

COLEMAN, Daniel. **Inteligência Emocional**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Título Original: *Emotional Intelligence*. Primeira edição em: 1995.

COMMAILLE, Jacques. O espaço da justiça como questão política entre necessidades e desafios – uma abordagem da sociologia política do direito. *In*: BRANCO, Patrícia (Org.). **Sociologia do(s) espaço(s) da justiça**: diálogos interdisciplinares. Coimbra: Almedina, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 732, out. 1996.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; JUNIOR, Joel de Andrade. Sobre a função social do advogado brasileiro no século XXI: realidades, perspectivas e sugestões. **Revista do instituto dos advogados de São Paulo**. ano 6, n.1, São Paulo: RT, 2003.

COSTA, João Ricardo dos Santos. A Construção de uma sociedade mais humana. **AMB Informa**, n.162, nov. 2014.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam. São Paulo: Ebooks Brasil, 2009. Título original: *La Cité Antique*.

COUR D' APPEL DE PARIS. Disponível em: <http://www.ca-paris.justice.fr/index.php?rubrique=12533&ssrubrique=12534>. Acesso em: 12 maio 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2009.

CRISIGIOVANNI, Cirinéa Lúcia Marcante; SIQUEIRA, Ilma Lopes Soares de Meirelles. A contribuição da psicologia para a formação dos magistrados. *In*: CARVALHO, Maria Cristina Neiva de; MIRANDA, Vera Regina. **Psicologia jurídica**: temas de aplicação I. 1.ed. (2007), 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado Contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional moderno. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Tratado da (in)justiça**. Lisboa: Quid Júris, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito: Direito e vida social, aplicação do Direito, Direito e política**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMASCENO, Tatiana. Alternativas extrajudiciais. **AMB Informa**, n. 162, nov. 2014.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DE CASTRO, Eduardo Vázquez. La resolución de disputas en línea en el marco de la modernización de la justicia: la RDL como acceso electrónico de los ciudadanos a la administración de justicia. *In*: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online**. Granada: Comares, 2013.

DE HEREDIA, Ramón Alzate S. La resolución alternativa de disputas en línea. *In*: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos em siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/>. Acesso em: 22 jan. 2015.

DELGADO, Márcia. Montanha de Problemas. **AMB Informa**. n. 161, set. 2014.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei**. Tradução de Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *force de loi*. Primeira edição em: 1994.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Fontes, 1999. Título original: *Discours de la méthode*.

- DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao Estudo da Fundamentação das Decisões no Direito Processual**. Munique: Herbert U. V. Wissenschaft, 1997.
- DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Mota da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 11.ed. Salvador: Jus Podium, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. v.2. São Paulo: Método, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de vida: a função social do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. n.41, 1994.
- DUARTE, Francisco Carlos. **Reforma do Judiciário: por um novo paradigma**. v.II. Curitiba: Juruá, 2002.
- DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *De la division Du travail social*. Primeira edição em: 1893.
- DUVERGER, Maurice. **Os Regimes Políticos**. 2.ed. Tradução de: Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966. Título original: *Les Partis Politiques*. Primeira edição em: 1951.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Título original: *Taking rights seriously*. Primeira edição em: 1977.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*. Primeira edição em: 1986.
- DYRLUND, Maria Cecília Baêtas. Solidariedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- ESPANHA. **La Constitución española de 1978**. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>. Acesso em: 21 nov. 2014.
- ESPANHA. **Ley n. 1 de 2000**. Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 3 mar. 2015.
- ESPANHA. **Ley n. 11 de 2011**. Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Disponível em:

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847. Acesso em: 3 mar. 2015.

ESPAÑA. **Ley n. 5 de 2012**. Ley de mediación. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112. Acesso em: 3 mar. 2015.

ESPAÑA. **Ley n. 60 de 2003**. Ley de Arbitraje. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646. Acesso em: 3 mar. 2015.

EUROPEIA, União. **Custas judiciais – França**. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-fr-pt.do?member=1. Acesso em: 11 dez. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. **Revista jurídica**, Fonte do Direito, novembro de 2006.

FALCÃO, Joaquim. Este é o século do Judiciário. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, 9 set. 2015.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo). In: JULIOS-CAPUZANO; Alfonso de (Org.). **Ciudadanía y derecho en la era de la globalización**. Madrid: Dykinson, 2007.

FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. In: NALINI, José Renato (Coord.). **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. v.111, p. 15-24, mar./abr. 1998.

FEDERAÇÃO CATARINENSE DAS ENTIDADES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/secmasc/iv-apresenta>. Acesso em: 25 ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: uma teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original: *Diritto e ragione*.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zeneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Sem título original no exemplar utilizado)

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Função Social do Advogado. In: **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. ano 25, n.61, p. 78-89, jul.-dez. 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR., Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos.** São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; WILLIAN, Ury; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao sim:** a negociação de acordos sem concessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Título original: *The law as it could be*. Primeira edição em: 2003.

FLUJA, Vicente G. Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: tramite de audiencia, reconvención, mediación y acumulación de procedimientos. *In:* PILLADO, Esther G. (Coord). **Resolución de conflictos en materia de consumo:** proceso y arbitraje. Madrid: Tecnos, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/>. Acesso em: 10 fev. 2015.

FONSECA, Isabel. Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável. *In:* DE OLIVEIRA, António Cândido (Coord). **Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho.** Coimbra: Almedina, 2004.

FRANCISCO, Diana Marcos. Las online dispute em materia de consumo en la unión europea. *In:* DE CASTRO, Eduardo Vásques (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Estudios sobre justicia online.** Granada: Comares, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. Responsabilidade social do juiz e do judiciário. *In:* **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n.51, out./dez. 2010.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados:** governo e organização no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005. Título original: *State building: governance and world order in the 21st Century*. Primeira edição em: 2004.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. Título original: *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*. Primeira edição: 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* O Gerenciamento do Processo. *In:* WATANABE, Kazuo *et al.* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **A cultura do contentamento.** Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1992. Título original: *The culture of contentment*. Primeira edição em: 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Função social no Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARAPON, Antonie. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002. Título original: *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. Primeira edição em: 1991.

GIGLIO, Wagner. **A conciliação nos dissídios individuais de trabalho**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

GÓMEZ, Isabel Garrido. **La función de los jueces: contexto, actividades y instrumentos**. Navarra, Espanha: Aranzadi, 2014.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez; PRADO, Pilar Mellado. **Organización del Estado Central y Justicia Constitucional**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areceres, S.A., 2004.

GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do Direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAU, Eros Roberto. Quem tem medo dos juízes (na democracia)? *In: Justiça e democracia, Revista semestral de informação e debates*, n.1, São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10 ed. Vol. I. Direito Material. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria geral do processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n.34, p. 11-25, dez. 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007.

Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Traducción de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro el Estado Constitucional. Madrid: Trottra, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: estudios de Teoría Constitucional de La sociedad abierta. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Harvard Law School. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/news/spotlight/ils/fellowships/professor-abram-chayes.html>. Acesso em: 21 nov. 2014.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HERINGER, Mauro Brant. **Política judiciária nacional**: Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política Pública para redução da judicialização dos conflitos. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 set. 2014.

HESPANHA, Bendito. **Psicologia do testemunho**. Passo Fundo: EDIUPF, 1996.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **En torno a la jurisdicción**. Madrid: Editores del Puerto, 2007.

ÍNDICE NACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA. Disponível em: http://www.acessojustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf. Acesso em: 28 ago. 2014.

INNERARITY, Daniel. **O novo espaço público**. Tradução de: Manuel Ruas. Lisboa: Editorial Teorema, 2006. Título original: *El nuevo Espacio Público*.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 15 set. 2015.

JACOBSEN, Gilson. **Juizados Especiais Federais**: quando só o direito não basta para um efetivo acesso à justiça. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/56/TESE%20GILSON%20-%20vers%C3%A3o%20final%20corre%C3%A7%C3%A3o%2004.11.pdf>. Acesso

em: 22 jan. 2014.

JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Córdoba: Albatros, 1954. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

JIMÉNEZ, José Ángel R. **Análisis crítico del sistema nacional español de arbitraje de consumo**. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2007.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/>. Acesso em: 31 ago. 2015.

JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. Disponível em: http://www.ajd.org.br/quem_somos.php. Acesso em: 31 ago. 2015.

JUNKES, Sérgio Luiz. **O princípio da Justiça Social e a sua relação com o Conselho Nacional de Justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *What is justice*.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *General theory of Law and state*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KRUGMAN, Paul. **Globalização e Globobagens: verdades e mentiras do pensamento econômico**. Tradução de: Afonso Celso da Cunha Serra. 5.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999. Título original: *The accidental theorist*.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6.ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2001. p. 13. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

LAZZARI, João Batista. **Princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo: uma análise da efetivação dessas garantias no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 22 jan. 2014.

LEÃO XIII, Papa. **Encíclica Rerum Novarum. Sobre a condição dos operários**. Tradução de Manuel Alves da Silva. Roma: 1891.

LEMES, Selma Ferreira. **Os 18 anos da Lei de Arbitragem**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/18%20anos%20da%20LA%20-%20Artigo%20Valor%20-%20102014.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Justiça se compromete a priorizar conciliações em processos dos maiores litigantes e recursos repetitivos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30086-justica-se-compromete-a-priorizar>

conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos. Acesso em: 11 nov. 2014.

LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução à Encíclica “Mater et Magistra” do Papa João XXIII**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1963.

LIMA, Alceu de Amoroso. **Tudo é Mistério**. Petrópolis: Vozes, 1983.

LIMA, Alessandro de Souza. **Projeto OAB Concilia**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/cachoeirapaulista/assistencia-judiciaria/OAB-Concilia/Projeto-OAB-Concilia>. Acesso em: 17 abr. de 2015.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Arbitragem e crise judiciária. *In: Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 55, n. 170, out./dez. 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla. 2004. Título Original: *Les temps hypermodernes*. Primeira edição em: 2004.

LOPES, Ana Paula; VALIATI, Thiago Priess. O republicanismo entre a felicidade e a justiça. *In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LOPES, João Batista. Função social e efetividade do processo civil. **Revista dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n.13, p. 29-34, abr. 2004.

LOPEZ, Javier Díaz. Variaciones sobre la sociedad del conocimiento. *In: DE CASTRO, Eduardo Vázquez (Dir.); CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). Estudios sobre justicia online*. Granada: Comares, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Título Original: *Legitimation durch Verfahren*. Primeira edição em: 1969.

LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do Político: a tribalização do mundo**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MAGANO, Octavio Bueno. Autocomposição e tutela. *In: FREDIANI, Yone; DA SILVA, Jane Granzoto Torres. O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Título original: *Leviathan, or Matter, Form,*

and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 9.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 888, out. 2009.

MANGINI, Ronana Cathya Ragazoni; FIORELLI, José Osmir. **Psicologia Jurídica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MANZI, José Ernesto. O uso de técnicas psicológicas na conciliação e na colheita da prova judiciária. **Ciência e Vida**, n. 95, Brasília, jan., 2004. p. 131-132.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. A Jurisdição Coonstitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas *versus* substancialistas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Para um Direito Democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/files_/A%20JURISDI%C3%87%C3%83O%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONA1.doc. Acesso em: 27 jun. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍN, Nuria Belloso; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **¿Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho?** Pluralismo jurídico, ciudadanía y Resolución de Conflictos. Dykinson, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Função Social do Advogado. **Revista do Advogado**, ano 4, n. 14. p. 94, jun.-set. 1983.

MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Resolução alternativa de conflito**: complexidade, caos e pedagogia. 2.reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à Justiça. *In*: MARTINS, Pedro A. Batista. LEMES, Selma M. Ferreira & CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: Atlas S.A., 1999.

MATEO, Ramón Martín. **Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa**. Alicante: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao

Estado Democrático Liberal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acjusmp.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367. Acesso em: 22 maio 2014.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NOBLAT, Francis. **De “poder do juiz” a “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em: 29 set. 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Osvaldo Ferreira. A política jurídica e os novos direitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, ano IV, n.6, p. 9-13, março, 1998.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo**: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MICHAELIS. **Dicionário de português on-line**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=fun%E7%E3o>. Acesso em: 29 abr. 2015.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Moreira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. Título original: *Gesellschaft und Freiheit*.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis**. v.1. Tradução de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. Título original: *L'Esprit des lois*.

MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**. Tradução de Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. Título original: *The mediation process*.

MORAES, Monica Rodrigues Campos. **A jurisdição da paz**: a nova justiça humanizada do século XXI. São Paulo: LTr, 2012.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 2, n. 3, p. 119-136, set./dez. 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma Jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 211, p. 1-20, jan./mar. 1998.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Forense**, São Paulo, v. 352, p. 115-122, out.-dez. 2000.

MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuestos de la participación. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORENO, V. **Avances y retos de la integración tecnológica en la Justicia**. Disponível em: <http://www.expansion.com/2015/02/27/juridico/1425060574.html>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MOURA, Adelaide Maria Martins. Uma nova ordem social. *In*: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MULLER, Jean-Marie. **O Princípio de não-violência**: percurso filosófico. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Direito e Direitos do Homem, 1995. Título Original: *Le Principe de non-violence*.

MUSZKAT, Malvina. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36.ed. São Paulo: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Primeira edição em: 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NIETO, Alejandro. **Balada de la Justicia y la Ley**. Madrid: Tratta, 2002.

NÓBREGA, Andréia Andrade da. Considerações sobre justiça e o papel do Poder Judiciário além dos limites do dogmatismo. **Revista Magister de Direito Civil e**

Processual Civil, São Paulo: Lex Magister, n. 32, p. 78-88, set./out. 2009.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. O movimento mundial pela coletivização do processo e seu ingresso e desenvolvimento no direito brasileiro. **De Jure Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 12, p. 325-348, jan./jun. 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/147/Movimento%20mundial_Nogueira.pdf?sequence=1. Acesso em: 21 nov. 2014.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. O Judiciário como vetor de transformação social. *In: Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 240, 15 de janeiro de 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Hermenêutica Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

OAB, Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina. Disponível em: <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em: 10 set. 2015.

OCHOA, José Ignacio *et al.* **Teoría del conflicto y la decisión**: Métodos alternativos de resolución de conflictos. Universidad Nacional de Cordoba, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, Asdrubal Aparecido Gomes de. A mediação e a arbitragem no ensino jurídico. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos**, Florianópolis, n. 2, ano II, p. 22-23, set. 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**. v.3. n.5. p. 112-113. Dez. 2009.

OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. A formação do advogado. *In: NILINI, José Renato (Coord.)*. **Formação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, Cristina Azevedo de. O papel do poder judiciário no mundo contemporâneo: as políticas judiciais desenvolvidas para o Acesso à Justiça no âmbito federal e estadual (TJSC). *In: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias*. **Filosofia do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Conceito, 2011.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Bobadela: Instituto Piaget, 1999. Título original: *Temps et récit*.

PADRÓS, Enrique Serra *et al* (Org.). **Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985)**: história e memória. v.4. O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização. Porto Alegre: Corag, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 4.ed.rev. e ampl. [em e-book]. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 21 out. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13.ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **O advogado e a advocacia**. 3.ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2001.

PASQUINO, Gianfranco. Conflito. *In*: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. Título original: *Dizionario di política*.

PÁSSARA, Luis. **Los actores de la justicia latinoamericana**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>. Acesso em: 5 nov. 2014.

PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2.ed. Madrid: Civitas, 1989.

PESSOA, Fernando. **O livro do desassossego**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs *et al.* Conciliação trabalhista: o ato judicial a resgatar. *In*: PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs; GUNTHER. Luiz Eduardo (Coord.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. *In*: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Carla. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequenc e=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link= revista_artigos_leitura&artigo_id=9685&revista_cadern. Acesso em: 20 abr. de 2015.

PISKE, Oriana. **Considerações sobre a arbitragem no Brasil**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/consideracoes-sobre-a-arbitragem-no-brasil-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 26 set. 2014.

PISKE, Oriana. Nova postura político-social do poder judiciário. **Revista Bonijuris**, Janeiro 2013, ano XXV, n.590, v.25, n. 1.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. *In*: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução de Durval Cordas, Luciano Meneses Reis. v.2.

Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

PORTUGAL. **Conselho dos julgados de paz**: relatório 2014. Disponível em: <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Relatorios/Relatorio2014.pdf>. Acesso em: 22 set. 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1974**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. Acesso em: 21 nov. 2014.

PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 29 de 2013**. Lei de Mediação. Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d79394d587a4935587a49774d544d756347526d&fich=L_29_2013.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 41 de 2013**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d79394d587a5178587a49774d544d756347526d&fich=L_41_2013.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 63 de 2011**. Lei da Arbitragem Voluntária. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d53394d587a597a587a49774d5445756347526d&fich=L_63_2011.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

Projeto Mediação Jovem. Disponível em: <https://mediacaojovem.wordpress.com/page/12/>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e mercado**: no Leste Europeu e na América Latina. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Título original: *Democracy and the Market*.

PULOSO, Antônio César. Discurso de posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_na_Presidencia__Min._Cezar_Peluso.pdf. Acesso em: 14 ago. 2015.

RAMOS, Jaime. Justiça e segurança jurídica: papel conciliador da jurisprudência. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). **Direito e processo**: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Irene A. Patemot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *A Theory of Justice*. Primeira edição em: 1971.

REAL FERRER, Gabriel *et al.* Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – eletrônica, v.9, n.4, 2014. p. 1433-1464. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>. Acesso em: 23 abr. 2015.

REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, n. 161, maio/ago. 2003. p. 123-179.

REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. **A Crise Financeira Mundial, o Estado e a Democracia Econômica**. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1437/1140>. Acesso em: 15 jan. 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. O judiciário a serviço da sociedade. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, out./dez.1995.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Manuel de A. (coord.); GUEDES, Armando M.; LIMA, Antônio; SILVA, Germano; PINTO, Rui G.; SILVA, José L. M. **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009.

RIUS, Anna Vall. Sistemas mixtos de gestión colaborativa de conflictos. *In: Materiales del libro blanco de la mediación en cataluña*. v.2. Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics y Formació Especialitzada, 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG, 1997. Título original: *La Crise de l'État-providence*. Primeira edição em: 1981.

ROSAS, Roberto. Arbitragem: meio de solução de conflitos, consagração. *In: Revista da academia de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Academia. v.36, n.36-37, 2011.

SACRISTÁN, Isidoro Alvarez. **La justicia y su eficacia: de la constitución al proceso**. Madrid: Colex, 1999.

SALANUEVA, Olga; GONZÁLEZ, Manuela. **Los pobres y el acceso a la justicia**.

1.ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011.

SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 2004.

SALIMEN, Luciana. Menos metas e mais racionalidade. **AMB Informa**. Edição n. 162, nov. 2014.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. Título original: *Justice: What's the Right Thing to Do?*. Primeira edição em: 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**: para un nuevo sentido común em el Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 61. Título Original: *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic transition*. Primeira edição em: 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno?** São Paulo: Brasiliense, 2000.

SANTOS, João Ricardo dos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30078-cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva>. Acesso em: 12 nov. 2014.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Acesso à Justiça e autonomia financeira do Poder Judiciário**: a quarta onda? 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SEBRAE. **Métodos Adequados de Solução de Conflitos**. Disponível em: <http://gestaoportal.sebrae.com.br/uf/rio-de-janeiro/quero-melhorar-minha-empresa/orientacao-juridica/folder-mediacao-conflitos-sebrae.pdf>. Acesso em: 29 abr. de 2015.

SEGOVIA, Rafael Hinojosa. **Sistemas de solución extrajudiccional de conflictos**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009. Título Original: *The Idea of Justice*.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira

Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Título original: *Development as freedom*. Primeira edição: 2000.

SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, Ano 1, n. 1, set. 2013.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Fernando Quadros da. Poder judiciário e sustentabilidade. *In*: **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 93-100, set./out. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem**: nas locações de imóveis urbanos. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001.

SINHORETTO, Jacqueline. **A justiça perto do povo**: reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011.

SIX, Jean-françois. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Título original: *Dynamique de la médiation*.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Administração da justiça e qualidade para o Judiciário. **Revista de Doutrina de Jurisprudência**, n. 1, 2º sem., Brasília, 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v.8, n.2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **OAB in foc**, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito**: ainda é possível falar em constituição dirigente? p. 8. Disponível em: xa.yimg.com/kq/groups/27588152/685358082/name/streck. Acesso em: 20 nov. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: ZYLBERSZTAJAN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 128, ano 30, p. 59-77, out. 2005.

TASSE, Adel El. **A “crise” no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. Desjudicialização. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em: 2 jun. 2014.

TAVARES, André Ramos. Disponível em: http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/ph-d-em-direito-prega-refundacao-do-sistema-judicial-do-pais-no-combate-a-morosidade?redirect_tjweb=http%3A%2F%2Fportal.tjsc.jus.br%2Fweb%2Fsala-de-imprensa%2Finicio%3Bjsessionid%3D945B17570D6CFDBFD88035A527576761%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dexclusive%26p_p_mode%3Dview%26controlPanelCategory%3Dportlet_101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp. Acesso em: 12 nov. 2014.

TWAIN, Mark. **Connecticut Yankee in King Arthur's Court**. California: Library of Congress, 1984. p. 210. Primeira edição em 1889.

TEIXEIRA, Paulo. Pronunciamento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso

em: 22 set. 2014.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**: insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%2085%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. v.3. 43.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. *In*: FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Filosofia do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Conceito, 2011.

TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21. Acesso em: 22 maio 2014.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. Título original: *The third wave*. Primeira edição em: 1980.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOSEL, André. **Kant revolutionnaire: droit et politique**. 2.ed. Paris: Universitaires de France, 1990.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? *In*: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas, Luciano Meneses Reis. v.2. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e Diversidade**: o sujeito democrático. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1988. Título Original: *Can we live together?: Equality and Difference*.

TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária**: para a carreira da Magistratura. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

ULPIANUS, Eneo Domitius. Disponível em: <http://direitopucpr>.

blogspot.com.br/2008/08/ulpiano-e-suas-trs-premissas.html. Acesso em: 25.11.2014.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da. *In: Jornal Oficial das comunidades europeias*, dez. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 17 nov. 2014.

URSO, Elena. La mediación en Italia y en el panorama europeo a la luz de la directiva CE/2005/52. *In: CANALES, Carmen Fernández (Coord). Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en siglo XXI*. Madrid: Reus, 2010.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 200, out./dez. 2013.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Conciliação nos conflitos sobre direitos da seguridade social. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n.69, ano XIII, p. 37-48, set./out. 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao judiciário em matéria previdenciária**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/JoseSavaris_PauloAfonsoVaz.html. Acesso em: 22 dez. 2014.

VEZZONI, Marina. Sistema normativo de mediação. *In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. Eficiência do Judiciário garante segurança jurídica. *Anuário da justiça*. São Paulo: ConJur Editorial, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Direito do tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro*. v.86. jan./fev./mar. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (Org.). Para além das fronteiras*. Itajaí: Univali, 2012.

WOLLHEIM, Richard. Democracia. *In: CRESPIGNY, Antony de; CRONIN, Jeremy (Eds.). Ideologias Políticas*. Tradução de Sérgio Duarte. 2.ed. Brasília:

Universidade de Brasília, 1999. Título original: *Ideologies of politics*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003.

ZAJDSNAJDER, Luciano. **Teoria e Prática da Negociação**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos**: uma necessária releitura do Acesso à Justiça. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 30 abr. 2014.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ANEXOS

QUADRO ILUSTRATIVO DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA
Meios Alternativos de Resolução de Conflitos
Brasil / Portugal / Espanha

CONCILIAÇÃO		
Brasil	Portugal	Espanha
<p>Art. 3º (Lei n. 13.105/15^I – Novo CPC) [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</p>	<p>Art. 594 (Lei n. 41/2013^{II} – Novo CPC) [...] 3. A tentativa de conciliação é presidida pelo juiz, devendo este empenhar-se ativamente na obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio.</p>	
<p>Art. 139 (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;</p> <p>Art. 334 (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes.</p>	<p>Art. 594 (Lei n. 41/2013 – Novo CPC) 1. Quando a causa couber no âmbito dos poderes de disposição das partes, pode ter lugar, em qualquer estado do processo, tentativa de conciliação, desde que as partes conjuntamente o requeiram ou o juiz a considere oportuna, mas as partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais que uma vez.</p>	<p>Art. 415 (Lei n. 1/2000^{III} – Ley de Enjuiciamiento Civil) 1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.</p>
<p>Art. 319 (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) A petição inicial indicará: VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.</p>		<p>Art. 403 (Lei n. 1/2000 – Ley de Enjuiciamiento Civil) 1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en</p>

		<p>esta Ley. [...]</p> <p>3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.</p>
--	--	---

MEDIAÇÃO		
Brasil	Portugal	Espanha
<p>Art. 139 (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) [...]</p> <p>V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;</p>	<p>Artigo 273 (Lei n. 41/2013 – Novo CPC)</p> <p>1. Em qualquer estado da causa, e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo a instância, salvo quando alguma das partes expressamente se opuser a tal remessa.</p> <p>2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, as partes podem, em conjunto, optar por resolver o litígio por mediação, acordando na suspensão da instância nos termos e pelo prazo máximo previsto no n.º 4 do artigo anterior.</p> <p>3. A suspensão da instância referida no número anterior verifica-se, automaticamente e sem necessidade de despacho judicial, com a comunicação por qualquer das partes do recurso a sistemas de mediação.</p> <p>4. Verificando-se na mediação a impossibilidade de acordo, o mediador dá conhecimento ao tribunal desse facto, preferencialmente por via eletrónica, cessando</p>	<p>Art. 440 (Lei n. 1/2000 – Ley de Enjuiciamiento Civil)</p> <p>1. El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte.</p> <p>En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.</p>


	<p>automaticamente e sem necessidade de qualquer ato do juiz ou da secretaria a suspensão da instância.</p> <p>5. Alcançando-se acordo na mediação, o mesmo é remetido a tribunal, preferencialmente por via eletrónica, seguindo os termos definidos na lei para a homologação dos acordos de mediação.</p>	
<p>Art. 1º (Lei n. 13.140^{IV} – Lei da Mediação) Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.</p>	<p>Art. 1º (Lei n. 29/13^V – Lei da Mediação) A presente lei estabelece:</p> <p>a) Os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal;</p> <p>b) O regime jurídico da mediação civil e comercial;</p> <p>c) O regime jurídico dos mediadores;</p> <p>d) O regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.</p>	
<p>Art. 1º (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) [...] Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.</p>	<p>Art. 2º (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por:</p> <p>a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;</p> <p>b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.</p>	<p>Art. 1 (Lei n. 5/12^{VI} – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.</p>
<p>Art. 2º (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) A mediação será orientada pelos seguintes princípios:</p>	<p>Art. 3º (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) Os princípios consagrados no presente capítulo são</p>	<p>Art. 6 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) Voluntariedad y libre</p>

<p>I. Imparcialidade do mediador;</p> <p>II. Isonomia entre as partes;</p> <p>III. Oralidade;</p> <p>IV. Informalidade;</p> <p>V. Autonomia da vontade das partes;</p> <p>VI. Busca do consenso;</p> <p>VII. Confidencialidade;</p> <p>VIII. Boa-fé.</p> <p>§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.</p> <p>§ 2ª Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.</p>	<p>aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação.</p> <p>Art. 4º Princípio da voluntariedade [...].</p> <p>Art. 5º Princípio da confidencialidade [...].</p> <p>Art. 6º Princípio da confidencialidade [...].</p> <p>Art. 7º Princípio da independência [...].</p> <p>Art. 8º Princípio da competência e da responsabilidade [...].</p> <p>Art. 9º Princípio da executoriedade [...].</p>	<p>disposición [...]</p> <p>Art. 7 Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores [...].</p> <p>Art. 8º Neutralidad [...].</p> <p>Art. 9º Confidencialidad [...].</p>
<p>Art. 3º (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação)</p> <p>Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.</p> <p>§ 1o A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.</p> <p>§ 2o O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.</p>	<p>Art. 11 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação)</p> <p>1. Podem ser objeto de mediação de litígios em matéria civil e comercial os litígios que, enquadrando-se nessas matérias, respeitem a interesses de natureza patrimonial.</p> <p>2. Podem ainda ser objeto de mediação os litígios em matéria civil e comercial que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transação sobre o direito controvertido.</p>	<p>Art. 2 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles)</p> <p>1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.</p> <p>En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.</p>
	<p>Art. 10 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação)</p> <p>[...]</p> <p>2. O presente capítulo não é aplicável:</p> <p>a) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação familiar;</p> <p>b) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação</p>	<p>Art. 2 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles)</p> <p>[...]</p> <p>2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de este real decreto-ley:</p> <p>a) La mediación penal.</p> <p>b) La mediación con las</p>

	laboral; c) Aos litígios passíveis de serem objeto de mediação penal.	Administraciones Públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo.
Art. 4º (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.	Art. 17 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) 1. Compete às partes acordarem na escolha de um ou mais mediadores de conflitos.	
Art. 14 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.	Art. 17 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) [...] 2. Antes de aceitar a sua escolha ou nomeação, o mediador de conflitos deve proceder à revelação de todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência, nos termos previstos no artigo 27º.	Art. 13 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) [...] 5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes. b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación. c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.
Art. 13 (Lei n. 13.140 – Lei	Art. 29 (Lei n. 29/13 – Lei	Art. 15 (Lei n. 5/12 – Ley de

<p>da Mediação) A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei [Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação].</p>	<p>da Mediação) A remuneração do mediador de conflitos é acordada entre este e as partes, responsáveis pelo seu pagamento, e fixada no protocolo de mediação celebrado no início de cada procedimento.</p> <p>Art. 42 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) A remuneração do mediador de conflitos no âmbito dos sistemas públicos de mediação é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema.</p>	<p>mediación en asuntos civiles y mercantiles) 1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. 2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.</p>
<p>Art. 17 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.</p>	<p>Art. 16 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) [...] 2. O acordo das partes para prosseguir o procedimento de mediação manifesta -se na assinatura de um protocolo de mediação. 3. O protocolo de mediação é assinado pelas partes e pelo mediador e dele devem constar: a) A identificação das partes; b) A identificação e domicílio profissional do mediador e, se for o caso, da entidade gestora do sistema de mediação; c) A declaração de consentimento das partes; d) A declaração das partes e do mediador de respeito pelo</p>	<p>Art. 19 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) 1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de</p>

	<p>princípio da confidencialidade;</p> <p>e) A descrição sumária do litígio ou objeto;</p> <p>f) As regras do procedimento da mediação acordadas entre as partes e o mediador;</p> <p>g) A calendarização do procedimento de mediação e definição do prazo máximo de duração da mediação, ainda que passíveis de alterações futuras;</p> <p>h) A definição dos honorários do mediador, nos termos do artigo 29.º, exceto nas mediações realizadas nos sistemas públicos de mediação;</p> <p>i) A data.</p>	<p>actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.</p> <p>e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.</p> <p>f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.</p> <p>g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.</p> <p>2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.</p>
<p>Art. 21 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.</p>	<p>Art. 19 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) O procedimento de mediação termina quando:</p> <p>a) Se obtenha acordo entre as partes;</p> <p>b) Se verifique desistência de qualquer das partes;</p> <p>c) O mediador de conflitos, fundamentadamente, assim o decida;</p> <p>d) Se verifique a impossibilidade de obtenção de acordo;</p> <p>e) Se atinja o prazo máximo de duração do procedimento, incluindo eventuais prorrogações do mesmo.</p>	<p>Art. 22 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles)</p> <p>1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concorra otra causa que determine su conclusión. Con la terminación del</p>

	 <p>Universitat d'Alacant Universidad de Alicante</p>	<p>procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.</p> <p>2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.</p> <p>3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.</p>
<p>Art. 16 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. § 1º É irrecorrível a decisão</p>	<p>Art. 13 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) [...] 2. O recurso à mediação suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for assinado o protocolo de mediação ou, no caso de mediação realizada nos sistemas públicos de mediação, em que todas as</p>	<p>Art. 4 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución</p>

<p>que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.</p> <p>§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.</p> <p>Art. 17 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) [...] Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.</p>	<p>partes tenham concordado com a realização da mediação.</p> <p>3. Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se com a conclusão do procedimento de mediação motivada por recusa de uma das partes em continuar com o procedimento, pelo esgotamento do prazo máximo de duração deste ou ainda quando o mediador determinar o fim do procedimento.</p>	<p>de mediación en su caso.</p> <p>Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.</p> <p>La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.</p>
<p>Art. 27 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.</p>	<p>Art. 12 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) [...] 4. O tribunal no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de mediação deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, suspender a instância e remeter o processo para mediação.</p>	
<p>Art. 28 (Lei n. 13.140 – Lei da Mediação) O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.</p> <p>Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o</p>	<p>Art. 21 (Lei n. 29/13 – Lei da Mediação) 1. O procedimento de mediação deve ser o mais célere possível e concentrar-se no menor número de sessões possível. 2. A duração do procedimento de mediação é fixada no protocolo de mediação, podendo no entanto a mesma ser alterada durante o procedimento por acordo das partes.</p>	<p>Art. 20 (Lei n. 5/12 – Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles) La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.</p>

arquivamento do processo.		
ARBITRAGEM		
Brasil	Portugal	Espanha
Art. 3º (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) [...] <p>§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.</p>	Art. 1.085 (Lei n. 41/2013 – Novo CPC) Em tudo o que não vai especialmente regulado observa-se, na parte aplicável, ao disposto na Lei da Arbitragem voluntária.	
Art. 485 (Lei n. 13.105/15 – Novo CPC) O juiz não resolverá o mérito quando: VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o júízo arbitral reconhecer sua competência;	 Universitat d'Alacant	Art. 65 (Ley n. 1/2000 – Ley de Enjuiciamiento Civil) [...] <p>2. Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.</p> <p>Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación.</p>
Art. 1º (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem^{vii}) As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.	Art. 1º (Lei n. 63/11^{viii} – Lei da Arbitragem voluntária) 1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2. É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido. 3. A convenção de arbitragem pode ter por	Art. 2 (Ley n. 60/03^{ix} – Ley de Arbitraje) Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

	<p>objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do Estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória).</p> <p>4. As partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias.</p> <p>5. O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado.</p>	
<p>Art. 4º (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.</p> <p>§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.</p>	<p>Art. 2º (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária)</p> <p>1. A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita.</p> <p>2. A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação.</p> <p>3. Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta</p>	<p>Art. 9º (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje)</p> <p>1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.</p> <p>2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación</p>

	<p>constede suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.</p> <p>4. Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo.</p> <p>5. Considera-se também cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra.</p> <p>6. O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem.</p>	<p>se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.</p> <p>3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.</p> <p>Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.</p> <p>4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.</p> <p>5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.</p>
<p>Art. 12 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente,</p>	<p>Art. 4º (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) [...] 2. A convenção de arbitragem pode ser revogada pelas partes, até à prolação da sentença arbitral. 3. O acordo das partes previsto nos números anteriores deve revestir a forma escrita, observando-se o disposto no artigo 2.º 4. Salvo convenção em contrário, a morte ou</p>	

<p>não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.</p>	<p>extinção das partes não faz caducar a convenção de arbitragem nem extingue a instância arbitral.</p>	
<p>Art. 13 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.</p>	<p>Art. 9º (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) Os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.</p>	<p>Art. 13 (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje) Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.</p>
<p>Art. 13 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) [...] § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.</p>	<p>Art. 8º (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. O tribunal arbitral poderá ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar. 2. Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, é este composto por três árbitros.</p>	<p>Art. 12 (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje) Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.</p>
<p>Art. 14 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) [...] § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. § 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua</p>	<p>Art. 13 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. Quem for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência. 2. O árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas</p>	<p>Art. 15 (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje) 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. (nova redação pela Lei n. 11/11^x – Ley de de reforma de la Ley 60/2003)</p>

<p>nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:</p> <p>a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou</p> <p>b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.</p>	<p>no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.</p> <p>3. Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento numa causa de que só tenha tido conhecimento após essa designação.</p>	<p>2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:</p> <p>a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.</p> <p>b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.</p> <p>En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.</p>
<p>Art. 16 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) Se o árbitro escusar-se</p>	<p>Art. 12 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. Ninguém pode ser</p>	<p>Art. 16 (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje) Salvo que las partes hayan</p>

<p>antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.</p>	<p>obrigado a actuar como árbitro; mas se o encargo tiver sido aceite, só é legítima a escusa fundada em causa superveniente que impossibilite o designado de exercer tal função ou na não conclusão do acordo a que se refere o n.º 1 do artigo 17º.</p>	<p>dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.</p>
<p>Art. 21 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) 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.</p>	<p>Art. 30 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 2. As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei. 3. Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente.</p>	<p>Art. 25 (Ley n. 60/03 – Ley de Arbitraje) 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. 2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.</p>
<p>Art. 21 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) [...] § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.</p>	<p>Art. 30 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais: a) O demandado é citado para se defender; b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade</p>	<p>Art. 24 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) Principios de igualdad, audiencia y contradicción. 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales,</p>

	<p>razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final;</p> <p>c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as exceções previstas na presente lei.</p>	<p>en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.</p>
<p>Art. 23 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. <u>Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.</u></p> <p>Art. 23 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) [...] § 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais. § 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final.</p>	<p>Art. 43 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. Salvo se as partes, até à aceitação do primeiro árbitro, tiverem acordado prazo diferente, os árbitros devem notificar às partes a sentença final proferida sobre o litígio que por elas lhes foi submetido dentro do prazo de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro. 2. Os prazos definidos de acordo com o n.º 1 podem ser livremente prorrogados por acordo das partes ou, em alternativa, por decisão do tribunal arbitral, por uma ou mais vezes, por sucessivos períodos de 12 meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. Fica, porém, ressalvada a possibilidade de as partes, de comum acordo, se oporem à prorrogação.</p>	<p>Art. 37 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) [...] 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros. (nova redação pela Lei n. 11/11 – Ley de reforma de la Ley 60/2003)</p>
<p>Art. 24 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito. Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um</p>	<p>Art. 42 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. A sentença deve ser reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros. Em processo arbitral com mais de um árbitro, são suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral</p>	<p>Art. 37 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) 3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del</p>

<p>resumo do litígio;</p> <p>II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;</p> <p>III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e</p> <p>IV - a data e o lugar em que foi proferida.</p> <p>Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.</p>	<p>ou só a do presidente, caso por este deva ser proferida a sentença, desde que seja mencionada na sentença a razão da omissão das restantes assinaturas.</p> <p>2. Salvo convenção das partes em contrário, os árbitros podem decidir o fundo da causa através de uma única sentença ou de tantas sentenças parciais quantas entenderem necessárias.</p> <p>3. A sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.^o</p> <p>4. A sentença deve mencionar a data em que foi proferida, bem como o lugar da arbitragem, determinado em conformidade com o n.^o 1 do artigo 31.^o, considerando -se, para todos os efeitos, que a sentença foi proferida nesse lugar.</p> <p>5. A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.</p> <p>6. Proferida a sentença, a mesma é imediatamente notificada através do envio a cada uma das partes de um exemplar assinado pelo</p>	<p>colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.</p> <p>A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. (nova redação pela Lei n. 11/11 – Ley de de reforma de la Ley 60/2003)</p> <p>4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior. (nova redação pela Lei n. 11/11 – Ley de de reforma de la Ley 60/2003)</p> <p>5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar.</p> <p>6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.</p> <p>7. Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en</p>
--	---	---

	<p>árbitro ou árbitros, nos termos do disposto n.º 1 do presente artigo, produzindo efeitos na data dessa notificação, sem prejuízo do disposto no n.º 7.</p> <p>7. A sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.</p>	<p>su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2.</p> <p>8. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado.</p>
<p>Art. 24 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) [...] § 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral. § 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.</p>	<p>Art. 40 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 1. Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral é tomada pela maioria dos seus membros. Se não puder formar-se maioria, a sentença é proferida pelo presidente do tribunal.</p>	<p>Art. 35 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) 1. Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente. 2. Salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento.</p>
<p>Art. 27 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.</p>	<p>Art. 42 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) [...] A menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos directamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis</p>	

	que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem.	
<p>Art. 29 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.</p>	<p>Art. 42 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 6. Proferida a sentença, a mesma é imediatamente notificada através do envio a cada uma das partes de um exemplar assinado pelo árbitro ou árbitros, nos termos do disposto n.º 1 do presente artigo, produzindo efeitos na data dessa notificação, sem prejuízo do disposto no n.º 7.</p>	<p>Art. 38 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) [...] 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio. b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones. c) Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.</p>
<p>Art. 31 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.</p>	<p>Art. 42 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 7. A sentença arbitral de que não caiba recurso e que já não seja susceptível de alteração no termos do artigo 45.º tem o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual.</p>	<p>Art. 43 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. (nova redação pela Lei n. 11/11 – Ley de de reforma de la Ley 60/2003)</p>
<p>Art. 32 (Lei n. 9.307/96 – Lei de Arbitragem) É nula a sentença arbitral se: I. for nula a convenção de arbitragem; II. emanou de quem não podia ser árbitro; III. não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV. for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V. [revogado]</p>	<p>Art. 46 (Lei n. 63/11 – Lei da Arbitragem voluntária) 3. A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) A parte que faz o pedido demonstrar que: i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afectada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos termos da lei a que as partes</p>	<p>Art. 41 (Lei n. 60/03 – Ley de Arbitraje) 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus</p>

<p>VI. comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;</p> <p>VII. proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e</p> <p>VIII. forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.</p>	<p>a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei; ou</p> <p>ii) Houve no processo violação de alguns dos princípios fundamentais referidos no n.º 1 do artigo 30.º com influência decisiva na resolução do litígio; ou</p> <p>iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta; ou</p> <p>iv) A composição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não foram conformes com a convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derogar ou, na falta de uma tal convenção, que não foram conformes com a presente lei e, em qualquer dos casos, que essa desconformidade teve influência decisiva na resolução do litígio; ou</p> <p>v) O tribunal arbitral condenou em quantidade superior ou em objecto diverso do pedido, conheceu de questões de que não podia tomar conhecimento ou deixou de pronunciar-se sobre questões que devia apreciar; ou</p> <p>vi) A sentença foi proferida com violação dos requisitos estabelecidos nos n. 1 e 3 do artigo 42.º; ou</p> <p>vii) A sentença foi notificada às partes depois de decorrido o prazo máximo para o efeito fixado de acordo com ao artigo 43.º; ou</p> <p>b) O tribunal verificar que:</p>	<p>derechos.</p> <p>c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.</p> <p>d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.</p> <p>e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.</p> <p>f) Que el laudo es contrario al orden público.</p> <p>2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.</p> <p>3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.</p> <p>4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.</p>
--	--	---

	<p>i) O objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos do direito português;</p> <p>ii) O conteúdo da sentença ofende os princípios da ordem pública internacional do Estado português.</p>	
--	---	--

ⁱ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 set. 2015.

ⁱⁱ PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 41 de 2013**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d79394d587a5178587a49774d544d756347526d&fich=L_41_2013.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

ⁱⁱⁱ ESPANHA. **Ley n. 1 de 2000**. Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 3 mar. 2015.

^{iv} BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 17 set. 2015.

^v PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 29 de 2013**. Lei de Mediação. Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d79394d587a4935587a49774d544d756347526d&fich=L_29_2013.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

^{vi} ESPANHA. **Ley n. 5 de 2012**. Ley de mediación. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112. Acesso em: 3 mar. 2015.

^{vii} BRASIL. Lei n. 9.307, de 26 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 17 set. 2015.

^{viii} PORTUGAL. Parlamento. **Lei n. 63 de 2011**. Lei da Arbitragem Voluntária. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626e526c654852766331396863484a76646d466b62334d764d6a41784d53394d587a597a587a49774d544d756347526d&fich=L_63_2011.pdf&Inline=true. Acesso em: 3 mar. 2015.

^{ix} ESPANHA. **Ley n. 60 de 2003**. Ley de Arbitraje. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646. Acesso em: 3 mar. 2015.

^x ESPANHA. **Ley n. 11 de 2011**. Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847. Acesso em: 3 mar. 2015.