



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carla da Silva Mariquito

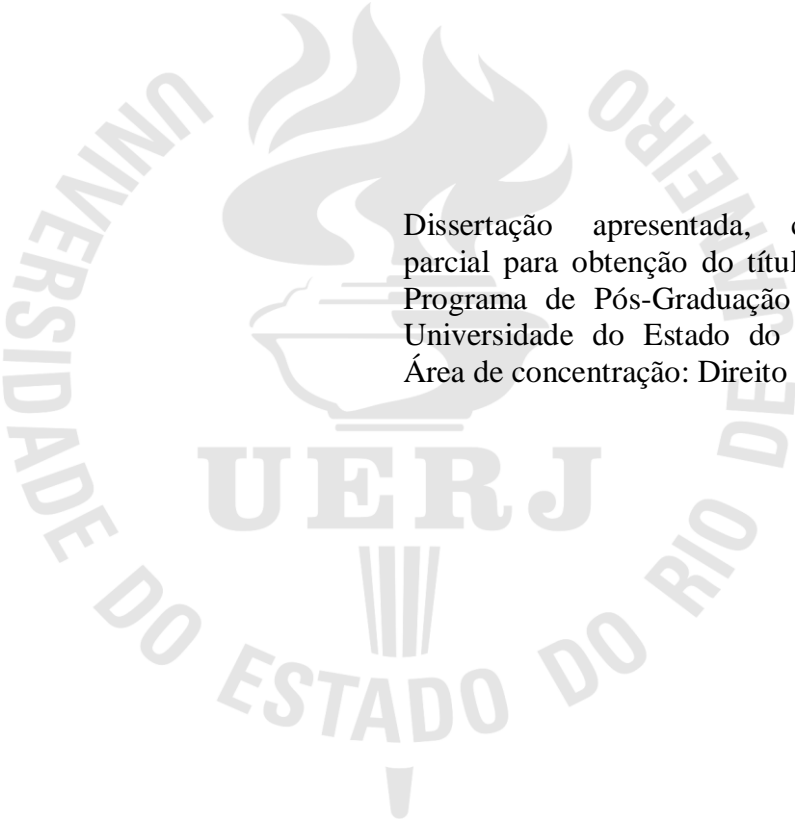
A mediação judicial e as garantias fundamentais do processo civil brasileiro

Rio de Janeiro

2013

Carla da Silva Mariquito

A mediação judicial e as garantias fundamentais do processo civil brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M342 Mariquito, Carla da Silva.

A mediação judicial e as garantias fundamentais do processo civil brasileiro / Carla da Silva Mariquito. – 2013.
150 f.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Mediação - Brasil - Teses. 2. Conflitos. 3. Processo civil. 4. Direitos fundamentais. I. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.965.42(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carla da Silva Mariquito

A mediação judicial e as garantias fundamentais do processo civil brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 25 de junho de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Flávio Mirza
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dra. Marcia Xavier
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2013

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, que sempre foi a leveza e tranquilidade em pessoa, famoso pela expressão “deixa para amanhã, vai dar tempo”. À minha mãe, que ao contrário, é o exemplo da pontualidade, determinação e perseverança. Aos dois agradeço por compartilharem o sonho de oferecer uma vida melhor aos seus filhos.

Meu pai se foi há muito, mas a saudade do tempo em que me trancava no quarto e recebia a agradável surpresa de uma xícara dupla de café não me abandona. Seu beijo melado faz muita falta neste momento alegre. No entanto, sou compensada por sua incansável intercessão por mim junto de Deus.

Obrigada por tantos cafés em xícaras duplas, sempre espantava o cansaço da luta diária. Ao meu querido pai Carlos Alberto Mariquito, meu anjo da guarda: CONSEGUIMOS!

Minha mãe, sempre acreditou em mim mais do que eu mesma poderia acreditar. Enquanto eu me detia à realidade difícil, ela sonhava com dias melhores, carregando a certeza que “tudo vai dar certo, tudo tem sua hora e a hora é agora”.

Aos dois agradeço a pessoa que me tornei, imperfeita sim, porém agraciada e agradecida pelos maiores presentes recebidos de Deus, dentre eles: ser amada por uma família.

Ao meu irmão, por me ensinar que é possível estudar ouvindo Charlie Brown Jr. bem alto: “cuide de quem corre do seu lado e de quem te quer bem, essa é a coisa mais pura”.

Ao Júlio, por tudo que vivemos juntos. Não consigo expressar em palavras a minha gratidão ao seu companheirismo, confiança e todo o seu amor. Obrigada pelos sorrisos e pelas palavras de incentivo!

À Sra. Sônia Maria Lagos Leitão minha gratidão. Obrigada!

Ao meu Deus minha gratidão por ouvir todas as minhas orações e novenas. Nem sei quantos pedidos de intercessão fiz aos Santos, à Santa Terezinha, à Nossa Senhora das Graças e ao meu pai. Foi preciso reconhecer o quanto sou pequena para que me tornasse grande.

Não temas; crê somente.

*Evangelho de
São Lucas 8,50.*

RESUMO

MARIQUITO, Carla da Silva. *A mediação e as garantias fundamentais do processo*. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

O presente estudo tem por objetivo analisar a contribuição dos conflitos para a evolução do Direito e das formas de solucioná-lo. Tem por finalidade estudar o desenvolvimento da jurisdição e do processo nos conhecidos Estado Liberal, Estado Social e Estado Constitucional. O estudo oferece ênfase à incidência do constitucionalismo sobre o direito, em especial ao Direito Processual. O processo justo e suas garantias, extraídas da Constituição Federal, transformaram o processo em instrumento de concretização das normas constitucionais. A crescente litigiosidade e dependência dos cidadãos relativamente a decisão adjudicada impõem uma necessária reformulação da cultura processual. Neste ponto, o empoderamento ganha destaque como meio de fomentar a utilização de meios consensuais para solução de conflitos. Tais meios são observados como complemento e instrumentos para o afastamento da crise de efetividade experimentado pela jurisdição. A introdução, no processo, de meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação judicial, pretende fomentar o desenvolvimento do modelo cooperativo de processo. Consequentemente, a maior participação das partes no processo de construção da solução a ser aplicada ao conflito que as envolve, contribui para a maior efetividade da prestação jurisdicional. Examina-se, cautelosamente, a introdução dos meios consensuais de solução de conflitos no processo judicial de modo que as características essenciais de cada um não sejam perdidas ou transformadas, sob pena de desvirtuar-se a mediação judicial. É preciso assegurar a compatibilidade entre ambos, bem como a aplicação das garantias fundamentais do processo.

Palavras-chave: Conflitos. Garantias fundamentais. Mediação.

ABSTRACT

MARIQUITO, Carla da Silva. *The judicial mediation and fundamentals guarantees on Brazilian civil procedure*. 2013. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The present study aims to analyze the contribution to the evolution of conflicts of law and the ways to solve it. It aims to study the development of the jurisdiction and the process known in the Liberal State, Welfare State and the Constitutional State. The study gives emphasis to the impact of constitutionalism on the right, especially the Procedural Law. The fair trial and its guarantees, drawn from the Constitution, the process turned into an instrument of implementation of constitutional norms. Increased litigation and dependence of citizens to impose a decision adjudicated necessary needs reform of procedural culture. At this point, the empowerment gained prominence as a means of promoting the use of consensual means of conflict resolution. So, the ways are seen as a complement and instruments for the removal of the effectiveness of crisis experienced by jurisdiction. The introduction, in the process of consensual means of dispute resolution, such as mediation court, aims to promote the development of the cooperative process. Consequently, the largest participation in the process of construction of the solution to be applied to the conflict that surrounds them, contributes to greater effectiveness of adjudication. It examines cautiously the introduction of consensual means of resolving conflicts in the judicial process so that the essential characteristics of each are not lost or transformed, otherwise misrepresenting themselves to judicial mediation. It needs to ensure compatibility between them, and the application of the fundamental guarantees of the process.

Keys words: Conflicts. Fundamentals guarantees. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O ESTADO, OS CONFLITOS, OS MEIOS DE SOLUÇÃO, OS MODELOS PROCESSUAIS E A CULTURA PROCESSUAL	15
1.1 O Estado	15
1.1.1 <u>O Estado: concepção e finalidade</u>	15
1.2 Os conflitos	21
1.2.1 <u>Conflitos: conceito e aspectos gerais</u>	21
1.2.2 <u>As formas de composição dos conflitos</u>	26
1.2.3 <u>Extensão e compreensão dos meios de composição de conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.....</u>	30
1.2.3.1 Autotutela.....	30
1.2.3.2 Autocomposição.....	33
1.2.3.3 Heterocomposição	41
1.3 Os modelos processuais	43
1.3.1 <u>Modelos tradicionais</u>	43
1.3.2 <u>O modelo cooperativo</u>	45
1.4 Cultura, direito e processo	48
2 O MÉTODO ESTATAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JURISDIÇÃO.....	51
2.1 Breve esboço histórico e generalidades.....	51
2.2 O monopólio estatal sobre a violência legítima	53
2.3 Jurisdição: aspectos gerais.....	55
2.3.1 <u>A função jurisdicional</u>	55
2.3.2 <u>Características da Jurisdição.....</u>	56
2.3.3 <u>Princípios que regem a função jurisdicional.....</u>	57
2.3.4 <u>Poderes que regem a função jurisdicional</u>	59
2.4 A Jurisdição e o Estado Liberal.....	61
2.5 A Jurisdição e o Estado Constitucional	63
3 OS EFEITOS DO CONSTITUCIONALISMO SOBRE O PROCESSO.....	69
3.1 O processo diante da nova ordem constitucional: mecanismo de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais	70
3.2 O processo justo e as garantias processuais	74

3.2.1 <u>Garantias individuais</u>	74
3.2.1.1 Acesso amplo a justiça	75
3.2.1.2 Imparcialidade do juiz	75
3.2.1.3 Ampla defesa.....	76
3.2.1.4 Direitos do hipossuficiente	76
3.2.1.5 Juiz natural.....	77
3.2.1.6 Inércia	78
3.2.1.7 Contraditório	78
3.2.1.8. Oralidade.....	79
3.2.1.9 Coisa julgada.....	80
3.2.1.10 Renúncia à tutela jurisdicional.....	80
3.2.2. <u>Garantias estruturais</u>	81
3.2.2.1. Impessoalidade da Jurisdição.....	81
3.2.2.2. Permanência da Jurisdição.....	81
3.2.2.3. Independência dos juízes	82
3.2.2.4. Motivação das decisões	82
3.2.2.5 Igualdade concreta.....	83
3.2.2.6 Inexistência de obstáculos ilegítimos	83
3.2.2.7 Efetividade qualitativa	84
3.2.2.8 Procedimento legal, flexível e previsível.....	84
3.2.2.9 Publicidade.....	85
3.2.2.10 Legalidade estrita no exercício do poder de coerção.....	86
3.2.2.11 Prazo razoável	86
3.2.2.12. Duplo grau de Jurisdição	87
3.2.2.13. Respeito à dignidade humana.....	88
3.2.3. <u>Observações gerais</u>	88
4.1 Conceitos e implicações	90
4.2 A corresponsabilidade dos cidadãos pelo resultado da Jurisdição como pressuposto para a efetividade processo democrático	94
4.2.1 <u>A cultura do litígio e a corresponsabilidade dos cidadãos pelo resultado da Jurisdição no cenário contemporâneo</u>	96
4.2.2. <u>Soluções tendentes à mudança de mentalidade</u>	100
4.2.2.1 A implementação da justiça conciliativa e a cultura de pacificação	102
5 MEDIAÇÃO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO	108

5.1 Mediação: aspectos gerais	108
5.1.1 <u>Mediação e lide sociológica</u>	113
5.1.2 <u>Mediação e transformação da cultura jurídica</u>	116
5.2 Princípio informadores da mediação	117
5.2.1 <u>Princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção</u>	117
5.2.2 <u>Princípio da consciência relativa ao processo</u>	117
5.2.3. <u>Princípio da confidencialidade</u>	118
5.2.4 <u>Princípio do consensualismo processual</u>	118
5.2.5 <u>Princípio da decisão informada</u>	119
5.3. Finalidades da Mediação	121
5.3.1 <u>O reestabelecimento da comunicação entre as partes</u>	121
5.3.2 <u>A preservação do relacionamento entre as partes</u>	121
5.3.3 <u>A prevenção de conflitos</u>	122
5.3.4 <u>A inclusão social</u>	122
5.3.5 <u>A pacificação social</u>	123
5.4 Processo de mediação	123
5.5 A mediação incidental e as garantias processuais: (in)compatibilidades	125
5.5.1 <u>A mediação incidental</u>	125
5.5.2 <u>Aspectos polêmicos da mediação incidental</u>	127
CONCLUSÕES	136
REFERÊNCIAS	141

INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo são analisadas quatro esferas de conhecimento que, interrelacionadas, contribuem para o bom desenvolvimento dos estudos, quais sejam o Estado, sua formação e finalidades; os conflitos, seu conceito, estrutura e formas de composição; os modelos processuais, os tradicionais e o cooperativo; e a cultura e processo.

O objetivo deste capítulo é encadear os assuntos acima expostos para demonstrar que um decorre do outro. Explica-se.

Anteriormente à formação do Estado, os homens conviviam sem a presença de qualquer autoridade apta a solucionar os conflitos decorrentes de seus relacionamentos. No denominado estado de natureza, vencia aquele que fosse dotado de maior força física, haja vista o regulamento das relações dar-se pela Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Certamente, o caos social instalado levaria a humanidade ao fim.

Por óbvio os homens cederam parte de sua liberdade individual para dar forma a um ente dotado de autoridade para solucionar os conflitos e impor suas decisões, proporcionando o equilíbrio social.

Os conflitos recebem atenção neste capítulo dada a importância que possuem para o desenvolvimento da sociedade e das relações humanas, uma vez que podem ser considerados as molas propulsoras de mudanças. É, pois, importante entender seus conceitos, suas estruturas e processos, bem como as formas de composição existentes. Dentre as formas de composição dos conflitos a serem estudadas, a heterocomposição destaca-se por sua ampla aceitação e utilização na sociedade.

O item que examina os modelos processuais trata exatamente da forma como o processo, instrumento hábil a provocar o exercício da jurisdição, pode ser classificado conforme a condução do processo. Este será dispositivo ou inquisitivo, de acordo com a maior ou menor atribuição de poderes às partes, respectivamente. Tais modelos são conhecidos como tradicionais, entretanto mister analisar o modelo cooperativo em que os poderes atribuídos as partes e ao magistrado tendem a equilibrarem-se.

O primeiro capítulo encerra-se com o exame da relação existente entre cultura, direito e processo, objetivando a apuração da interferência que produzem entre si e as alterações que são capazes de realizar, em especial a cultura, nos outros dois.

Observa-se que o Estado, entidade criada com a finalidade de assegurar a convivência humana pacífica, assumiu para si a responsabilidade por solucionar os conflitos que lhe são

submetidos. Seu poder advém da parcela de liberdade que os indivíduos concordaram em perder para que o Estado fosse dotado de coerção, sendo suas decisões impositivas.

Assim, no Segundo capítulo será estudado o método estatal de solução conflitos, qual seja, a jurisdição. Examina-se sequencialmente as generalidades sobre o tema, reportando-se ao capítulo anterior; o monopólio estatal sobre a força legítima; as especificidades da jurisdição, tais como características, funções e poderes a ela inerentes; a relação entre o a jurisdição e o Estado Liberal; e a Jurisdição no Estado Constitucional.

Quanto ao monopólio da autoridade legítima, o estudo destaca a existência de três tipos de autoridade: a carismática, a tradicional e a legal/racional. Esta última é a que interessa aos objetivos do segundo capítulo. Esta autoridade decorre da lei, fonte da autoridade estatal, que será legítima quando exercida sem arbitrariedades, caso contrário, poderá converter-se em autoridade ilegítima.

São tratadas neste capítulo as características, os princípios e os poderes inerentes à jurisdição. Destaca-se também que a Jurisdição, influenciada pelos valores do Estado-Liberal, marcado pelo positivismo e pela legalidade em sentido estrito, poderia ser conceituada e estudada a partir dos ideais de Chiovenda e de Carnelutti, expressando exacerbada preocupação com correção formal da lei em detrimento de seu conteúdo e da igualdade material entre os indivíduos.

O Estado Constitucional marca uma reviravolta intelectual, que conduziu ao abandono do positivismo e à indiferença relativa à igualdade entre as partes ou à força normativa das normas constitucionais. A partir de então, o direito constitucional foi elevado ao centro do ordenamento jurídico, elevando simultaneamente a força da constituição, vista neste momento sob o enfoque da força normativa de seus preceitos. Isto emanou para todo o ordenamento jurídico, encharcando-o com seus princípios, ou seja, constitucionalizando-o. Assim, a jurisdição e o processo foram revisitados de forma a compatibilizarem-se com a Constituição.

No terceiro capítulo o objetivo dos estudos é identificar os efeitos do constitucionalismo sobre o processo e para isso examina-se detidamente a percepção de que o processo, na órbita da Constituição Federal, torna-se mecanismo de realização dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, sendo remodelado para o que se conhece como processo justo.

Neste íterim são abordadas as seguintes fases metodológicas de evolução do processo: praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. O estudo, neste ponto, retorna ao exame do modelo processual cooperativo, bem como apresenta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa como exemplos de garantias

processuais albergadas na Constituição Federal de 1988, marco do constitucionalismo brasileiro.

A conjugação destas garantias dentre outras, previstas na Constituição, resultam no processo justo, que se divide em garantias estruturais e garantias individuais, estudadas minuciosamente no momento oportuno. Mister destacar que dentre as garantias individuais estão: o contraditório, a oralidade; e dentre as garantias estruturais está a efetividade qualitativa, dentre outros.

Grande destaque recebe a conceituação de tais garantias genericamente aplicadas ao processo, consideradas requisitos para que o processo seja justo, independentemente de avaliar se tais garantias serão aplicadas no decorrer do processo de mediação ou não. Fato é que, tais garantias constitucionais mínimas, aplicáveis ao processo, são compatíveis como o modelo processual cooperativo que a sociedade reclama, bem como são características essenciais dos processos construtivos e dos consensuais de solução de conflitos. Examina-se, implicitamente, que a relação entre cultura, direito e processo.

O quarto capítulo analisa a importância da implantação do contraditório participativo e da implementação do processo civil democrático. Pretende-se demonstrar a importância do contraditório participativo, um dos pilares da constitucionalização do processo civil, para que a democracia participativa seja implementada dentro do processo, afetando o comportamento das partes, transformando-o positivamente.

Em suma, o contraditório participativo executa, no processo judicial, o princípio político da participação democrática. De sorte que a decisão judicial será reflexo da interferência das partes em sua formação. Esta interferência, por sua vez, somente ocorrerá se as partes demonstrarem-se mais participativas e lhes forem oportunizados mecanismos de participação e comunicação.

Em contrapartida, um dos sustentáculos de toda esta mudança é o trabalho de conscientização dos cidadãos a respeito de suas responsabilidades quanto aos conflitos que lhes afetem. Busca-se fundamentar e examinar a forma pela qual esta conscientização ocorrerá e cujo agente promotor é a concretização da cultura de pacificação em oposição à cultura do litígio.

Dentre as políticas aplicadas para a obtenção de tal intento está a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, que viabiliza a realização de mediações judiciais, como forma de cultivar o consensualismo e desfazer o senso comum de que ao juiz, somente, cabe a solução do conflito.

Enfim, verifica-se no quinto capítulo que a mediação judicial concretiza o ideal de modificação da mentalidade processual litigiosa e submissa à autoridade do magistrado da sociedade brasileira, assim como se revela um instrumento viabilizador do contraditório participativo e da inserção no processo civil do princípio político de participação democrática. Medidas essenciais para a transformação defendida.

O estudo do tema passa pelas generalidades que envolvem a mediação, sua habilidade para promover o maior entendimento do conflito, analisando inclusive a lide sociológica. Simultaneamente analisa a capacidade da mediação para incutir na sociedade o senso de transformação da cultura jurídica.

São cuidadosamente analisados os princípios informativos da mediação, suas finalidades, seu processo de desenvolvimento e o exame das (in)compatibilidades entre a mediação judicial e às garantias processuais.

1 O ESTADO, OS CONFLITOS, OS MEIOS DE SOLUÇÃO, OS MODELOS PROCESSUAIS E A CULTURA PROCESSUAL

Na história da sociedade, os conflitos são fatos sociais que não devem ser desprezados, pois conferem à sociedade a dinâmica necessária para seu desenvolvimento, haja vista serem as molas propulsoras das transformações sociais. Em verdade, os conflitos resultam da vida em sociedade e da convivência intertemporal entre seres da mesma espécie. Consequentemente, será utópica qualquer tentativa de erradicá-los.

A convergência, ou ausência de conflitos, por certo tornaria a sociedade estática e, conseqüentemente, não seriam observadas as soluções e avanços que decorrem naturalmente da tentativa de solução de um conflito. Os conflitos são contemporâneos à existência humana na terra, conforme ensina José Osmir Fiorelli¹:

O nascimento constitui um exemplo do conflito, presente no ciclo vital: há a tendência de permanecer no conforto intrauterino; porém a evolução solicita que se enfrente o desafio de vir à luz, com todos os desconfortos que ele acarreta. O conflito é inerente à vida e, por meio dele, a evolução se processa.

A convergência, ou ausência de conflitos, por certo tornaria a sociedade estática e, conseqüentemente, não seriam observadas as soluções e avanços que decorrem naturalmente da tentativa de solução de um conflito.

1.1 O Estado

1.1.1 O Estado: concepção e finalidade

Cronologicamente, no período anterior ao surgimento do Estado, denominado de estado de natureza, a sociedade era um ambiente hostil, desorganizado e perigoso ao homem. Período em que os abusos e arbitrariedades contribuía para a vitória daquele que detinha a força.

¹ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia aplicada ao Direito*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.13.

O estado de natureza, estágio pré-político e social, caracterizava-se pelos constantes confrontos e embates levados a efeito pela força física; pela busca da justiça, de forma direta, pelos envolvidos; pela ausência de organização social; e ausência de autoridade dotada de poder para solucionar tais conflitos.

Devido à convivência humana conflituosa e caótica de tal período, a sobrevivência dos homens em sociedade tornou-se ameaçada. A inexistência de limites à liberdade individual agravava a crise instalada pelo caos social e não permitia o desenvolvimento da sociedade. O instinto humano de sobrevivência ansiava pela superação da realidade social caótica inerente ao estado de natureza. Deflagrou-se, assim, o surgimento do Estado.

Fabiana Spengler noticia a existência de duas formas distintas de conceber o surgimento do Estado. Para a autora a primeira, conhecida como positiva, “vê o Estado como uma criação artificial da razão humana, sendo que o fim do estado de natureza através do consenso entre os homens fez surgir o Estado”; e a segunda, conhecida como negativa concebe o Estado como “produto da sociedade [uma vez que] é necessário um poder para manter a ordem e abrandar os conflitos”².

O presente estudo orienta-se pela forma positiva de compreender o surgimento do Estado, que aponta para o modelo contratualista de sua criação, orientados pelos teóricos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. É unânime entre tais estudiosos que o contrato social é a ponte entre o estado de natureza e o Estado Civil.³

Ressalte-se que o contratualismo é uma corrente de pensamento político que, em uma concepção ampla, compreende as teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político num contrato, ou seja, num acordo tácito ou expresso entre indivíduos, que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Já numa concepção restrita, o contratualismo diz respeito a uma escola que floresceu na Europa entre o século XVII e fins do século XVIII.

Concomitantemente, o contratualismo estabelece a origem do Estado e o fundamento do poder político, partindo de um acordo de vontades, expresso ou tácito, capaz de por fim ao estado de natureza e iniciar a sociedade política. Em verdade, o Estado é artifício da razão humana para dar conta das deficiências inerentes ao estado de natureza.⁴

² SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/334/mediacao-de-conflitos-a-partir-do-direito-fraternal.html>> Acesso em 06 fev. 2013.

³ Ibid.

⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007, p. 34.

Hobbes explica que, o estado de natureza é um ambiente de disputas e domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, onde há insegurança e desejo de poder. Afirma ainda, que nesta fase os homens são comparados a predadores em busca de presas em sua própria cadeia evolutiva. A permanência deste ambiente de disputas e o uso direto da força, certamente conduziriam à extinção da espécie humana.

A situação de “guerra de todos contra todos” presente no estado de natureza encerrava a seguinte regra da natureza: “Que todo homem deve se esforçar pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguir, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra”⁵.

Portanto, para impedir a destruição recíproca dos homens, surgiu a necessidade da elaboração de um acordo: o contrato social. Este pacto, para Hobbes, constituiria um Estado capaz de impedir a disputa de todos contra todos. Desta forma, o contrato passa a permitir e viabilizar a vida em sociedade.

A comparação elaborada entre os homens e os animais evidencia e ratifica a insegurança e o caos que reinavam neste período. O consenso orientou a elaboração de um contrato social, por meio do qual cada homem renunciou a uma parte de suas atividades defensivas e ofensivas, desarmando-se reciprocamente, de forma a alcançar a convivência harmônica e afastar o estado de guerra de todos contra todos.

O contratualismo se assenta em duas formas tradicionais de concepção do contrato social:

em primeiro lugar, encontra-se aquilo que se chama propriamente *contrato social* ou *pacto de associação*, o qual supõe que um certo número de indivíduos, vivendo em um estado de natureza, concorda em estabelecer uma sociedade organizada. A segunda forma de contrato social pode ser mais propriamente chamada de *contrato de governo* ou de *pacto de submissão*. Trata-se, em geral, de um contrato entre governantes e governados, no qual se estabelece a medida e a extensão da autoridade e poder políticos, bem como a extensão dos direitos e limites dos deveres dos súditos.⁶

O contrato social consistia na delegação de parcela dos direitos de cada cidadão a uma criação fictícia, distinta e imparcial, capaz de tomar para si o poder/dever de fazer cessar o estado de natureza e organizar a sociedade, retirando dos indivíduos a autonomia na busca pela justiça de maneira direta.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113.

⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Contratualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006, p. 168-169.

Hobbes conceitua o Estado como uma pessoa que, instituída pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, pode e deve usar a força da maneira que achar conveniente para assegurar a paz e a defesa comum.

A multidão transferiu ao Estado o poder soberano de impor condutas capazes de limitar o direito natural e aplicar castigos em caso de descumprimento de tais limites. A situação de “guerra de todos contra todos” foi afastada pela criação do Estado, vez que a necessidade de paz entre os homens e a superação do estado de natureza exigiam que ao Estado, para resguardar o cidadão e conferir-lhe a segurança almejada, fosse atribuída a autoridade suficiente para fazer guerra em busca da paz e aplicar sanções. Veja-se: em substituição ao indivíduo, afastando a justiça privada.

O poder soberano mune o Estado de legitimidade e autoridade para fazer valer suas regras e oferecer ao cidadão segurança em troca de uma parcela considerável de sua liberdade. Tal poder decorre da soberania, principal elemento caracterizador do Estado.

Segundo José Luis Bolzan de Moraes a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. O autor ressalta que é preciso “atentar-se para as novas realidades que impõem à soberania uma série de matizes, transformando-a por vezes”⁷.

Para José Afonso da Silva, “soberania significa *poder político supremo e independente*”⁸. O autor, a partir dos ensinamentos de Marcello Caetano⁹ afirma acerca da soberania: “*supremo* porque ‘não está limitado a nenhum outro na ordem interna’, *independente*, porque, ‘na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.

Sob a autoridade do Estado, a regra do direito natural de que todo homem deve se esforçar pela paz usando, inclusive as vantagens da guerra, foi superada. Apenas o Estado passou a ter legitimidade para fazer a guerra pela paz, produzindo o Direito e negando reconhecimento a quaisquer direitos além daqueles por ele enunciados.

Fabiana Spengler, em sua tese de Doutorado elabora raciocínio semelhante e aduz:

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.30.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

⁹ CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 169.

Buscando a solução da guerra de todos contra todos, e objetivando resolver o estado dos homens fora da sociedade civil, surge o contrato, que nada mais é do que a renúncia a uma prerrogativa do homem e a sua transferência a outrem, o que pode se resumir numa não resistência por parte de quem transfere. Uma vez transferidas mutuamente as prerrogativas dos homens entre si, surge o contrato, ou pacto, que os vincula e somente liberta através do cumprimento ou do perdão. No primeiro caso, temos o fim natural da obrigação e no segundo, a restituição da liberdade. Analisando a teoria hobbesiana, observa-se que a promessa é “instrumento de emancipação por domínio do futuro, desemboca em um tempo fechado e num regresso à lei de heteronomia; inspirada pelo medo do outro e do calculismo, a promessa política cria uma ideologia de segurança que acaba por confiar o poder absoluto ao Leviatã”. [...]

A partir do pacto ou contrato, surge um poder coercitivo cujo objetivo é a segurança, pois além da necessidade de que cada um pactue com os demais, é preciso que também exista a previsão de castigos para aqueles que descumprirem as leis. Essa possibilidade de castigar é transferida a algum homem ou conselho que necessariamente possua poder supremo na cidade (o Leviatã). Quem detém o poder supremo possui o “gládio da justiça e o gládio da guerra”, a prerrogativa de armar, reunir e unir homens para a guerra, objetivando a conservação dos particulares; a incumbência de julgar ou de nomear magistrados e de legislar, estabelecendo as leis civis que dirigem as ações futuras dos cidadãos¹⁰.

Produto da razão humana, a sociedade política opõe-se ao estado de natureza por observar no Direito a única forma possível de racionalização das relações sociais ou de sublimação jurídica da força. Interessante é a exposição feita por Fabiana Spengler a respeito do Estado:

A natureza é imitada pela arte dos homens no momento em que estes criam aquele grande Leviatã a que chamamos República ou Estado (Civitas em latim). Essa grande criação não passa de um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, projetado para as tarefas de proteção e defesa. A soberania é a alma artificial do Leviatã, os magistrados e os outros funcionários judiciais e executivos são as juntas artificiais, a recompensa e o castigo são os nervos, a riqueza e a prosperidade de todos são a força, a segurança do povo é a sua tarefa, os conselheiros são a memória, a equidade e as leis uma razão e uma vontade artificiais, a concórdia é a saúde, a sedição é a doença e a guerra civil é a morte. Finalmente, os pactos e convenções mediante os quais as partes desse corpo Político foram criadas e reunidas assemelham-se àquele “ façamos o homem” proferido por Deus.¹¹

A sociedade política celebrou o contrato social e criou o Estado com expectativa de que este a auxiliasse na superação do caos e da desordem. Porém era necessário, legitimar o Estado, o que se deu através da criação de leis e de um aparelho repressivo por ele monopolizado, consolidando a construção do sistema jurídico a partir da autonomia de vontade traduzida pelo contrato.

¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007, p. 38-39.

¹¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.112.

O cidadão concedeu parcela de seus direitos para receber em contrapartida, dentre outras coisas, segurança e paz que somente o Estado poderia lhe proporcionar por meio do poder absoluto de impor condutas e aplicar castigos em caso de desvio, quer dizer, aos comportamentos contrários ao positivado pelo Estado.

A superação do estado de natureza apenas ocorreu com a atribuição ao Estado da seguinte tarefa ou finalidade primordial: buscar a paz. Através dessa criação, o homem superou a guerra de todos contra todos pactuando com condutas que limitavam o direito natural, ou seja, a liberdade que cada homem possuía de usar do seu próprio poder, da maneira que melhor lhe aprouvesse, para a preservação de sua vida.

A renúncia de uma prerrogativa do homem e a sua transferência a outrem caracteriza a formação do Estado, do que pode se presumir uma não resistência por parte de quem transfere. Transferidas mutuamente as prerrogativas dos homens entre si, surge o contrato, ou pacto, social, cuja inspiração foi a necessidade de consenso.¹²

Para assegurar a paz, o Estado assumiu para si a criação e execução de leis, bem como a resolução dos conflitos. Ao estudo interessa a assunção desta última responsabilidade. Certo de que a convivência harmônica entre seres humanos depende essencialmente de um sistema organizado de solução de conflitos. O Estado cumpre suas responsabilidades solucionando conflitos por meio da Jurisdição, função essencial de uma das faces de seu poder, o Judiciário.

A jurisdição, função estatal, exercida por um órgão estatal independente e imparcial, objetiva julgar litígios e tutelar interesses particulares.¹³ Da superação do estado de natureza, principalmente pelo afastamento da possibilidade do ofendido buscar diretamente a justiça privada e da assunção pelo Estado da função de solucionar conflitos, é possível concluir pela exclusividade do Estado quanto ao exercício desta função. Desde a antiguidade, os governantes assumiram para si o exercício da função jurisdicional, firmando um vínculo profundo entre a Jurisdição e o Estado e reforçando o monopólio deste sobre aquela.

Em verdade, o monopólio estatal sobre a jurisdição possui aspectos positivos e negativos. Os positivos relacionam-se com a possibilidade de viabilizar a convivência humana pacífica, organizando a sociedade e pondo fim ao caos causado pela ausência de uma autoridade imparcial a quem seja atribuída a tarefa de solucionar conflito; o segundo é a criação, no inconsciente coletivo, de que o método estatal de solução de conflitos exclui e supera os mecanismos consensuais de solução, respectivamente. Sendo certo que o aspecto negativo sufoca e oprime o positivo, o que será analisado no momento oportuno.

¹² SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007, p. 36-38.

¹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I. p.65.

1.2 Os conflitos

1.2.1 Conflitos: conceito e aspectos gerais

Os conflitos jamais serão expurgados da realidade em que exista, ao menos, um ser humano. Neste caso, o mais solitário dos homens pode viver uma situação interna de conflito que o impossibilite de encontrar o equilíbrio necessário para afastar a tensão, fonte dos conflitos, tenham eles natureza política, social, psicanalítica, familiar, étnica, religiosa, etc.

A tensão – estado de inquietação ou distúrbio, desassossego interior, desequilíbrio – pode desencadear um estado de hostilidade latente, ou oposição, em uma pessoa, grupo ou nação. Os conflitos podem ocorrer quando se constata o surgimento de ações incompatíveis *em uma* pessoa, grupo ou nação, casos em que serão denominados de intrapessoal, intragrupal, ou intranacional; caso reflitam ações incompatíveis *de duas ou mais* pessoas, grupos ou nações serão chamados de interpessoais, intergrupais ou internacionais.¹⁴

Fabiana Spengler alerta que a tarefa de conceituar conflito não é simples, pois demanda a superação de ambiguidades terminológicas. Considerando que o termo possui origem no latim, a palavra conflito tem raiz etimológica na ação de chocar, sejam ideias, palavras, ideologias, valores ou armas.¹⁵ Relacionam-se ao termo conflito as expressões: rivalidade, oposição, desentendimento, agressividade, porém nenhuma destas é seu sinônimo.

Para a autora, conflito é um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder, no qual uma das partes envolvidas tende a influenciar e qualificar o movimento da outra.¹⁶ Deste modo, as forças confrontantes são dinâmicas, contendo em si próprias o sentido de ação e reagindo umas sobre as outras.

Maria N. Serpa ensina: “o conflito, numa acepção ampla, denota o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestar. Numa acepção estrita, se constitui numa categoria distinta do comportamento social onde duas partes tentam possuir o que não podem.”¹⁷

¹⁴ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 25.

¹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (Des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008, (Coleção direito, política e cidadania; 19), p. 21

¹⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 248.

¹⁷ SERPA, Maria de Nazareth. *Op. cit.* p 24.

Repise-se que o conflito ocorrerá sempre que atividades incompatíveis, oriundas ou não da vontade humana, existirem.

Rudolph Rummel¹⁸ estudou a essência do conflito e desenvolveu uma teoria na qual analisa o conflito como uma espiral ascendente e que vai da guerra à paz e da paz à guerra, em cada anel da espiral percorrendo cinco fases distintas e consequentes que serão analisadas mais adiante.

Nos termos do que ensina o autor, o conflito pode ser considerado como uma potencialidade, uma situação, uma estrutura, uma manifestação, um evento ou um processo. Em todas as formas destacadas existe um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem, em entrelaçadas potencialidades, disposições e poderes. O movimento do poder, podendo-se dizer o “toma/larga”, o “puxa/empurra”, o “dá/toma”, idealizados como movimentos para frente e para trás, levam Rudolph Rummel a definir o conflito como o equilíbrio dos vetores de poder. Porém ensina que, nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepor à outra e eliminar o conflito.

A conceituação de conflito variará conforme o enfoque dedicado ao estudo do tema. À psicologia, por exemplo, interessa o enfoque intrapessoal de conflito que será definido como a vã tentativa do *ego* (eu) de frustrar o *alter* (outro). Ocorrerá, portanto, o conflito quando a ação do ego contrariar os interesses do outro, ainda que não haja a intenção de prejudicar ou agredir o outro.¹⁹ Elaine Maria Pisani, aduz:

Denomina-se conflito o estado psicológico decorrente da situação em que a pessoa é motivada, ao mesmo tempo, para dois comportamentos incompatíveis. O conflito nasce precisamente da necessidade de se fazer uma escolha, uma opção. A satisfação de um motivo leva automaticamente ao bloqueio e frustração do outro.²⁰

Voltando o objeto de estudo à área de conhecimento que o Direito analisa “o conflito consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito²¹”. No meio jurídico, conflito também é chamado de controvérsia, disputa, lide ou litígio, por exemplo.

¹⁸ RUMMEL, Rudolph . *Understanding conflict and war*. New York: Jhon Wiley and Sons, 1976, V. II, p. 237 *apud* SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 24.

¹⁹ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.25 *et seq.*

²⁰ PISANI, Elaine Maria; BISI, Paulo Guy; RIZZON, Luis Antônio; NICOLETTO, Ugo. *Psicologia Geral*. 11 ed, Petrópolis: Vozes, 1992, p. 190.

²¹ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (Des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008, (Coleção direito, política e cidadania; 19), p. 22.

Mister não olvidar que Cândido Rangel Dinamarco ensina que o conflito pode ser entendido como a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e a impossibilidade de obtê-lo, nestes termos:

Os conflitos são caracterizados por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão.²²

Aprofundando a análise da dinâmica do conflito e para melhor explicar sua teoria, Rudolph Rummel divide os conflitos em latente ou real. Aquele existe na esfera das perspectivas do homem e este é o resultado das manifestações de tais perspectivas. Neste contexto o conflito pode ser dividido em três níveis: a) potencialidades; b) disposições e poderes; e c) manifestações.

Na percepção do autor, as potencialidades, primeiro nível do conflito, podem ser consideradas como a estrutura do processo de conflito, cujas causas podem ser políticas, psicológicas e sociais, compondo o quadro de conflito que permanece latente no indivíduo ou grupo sem produzir quaisquer efeitos ou manifestações aparentes. Neste ambiente de potencialidades, a estrutura do processo de conflitos encontra uma vasta gama de condições e elementos que lhes garantam a aptidão suficiente para se manifestar.

O segundo nível, denominado disposições e poderes, é caracterizado pela efetiva situação de conflito, que nada mais é do que a demonstração, sintomática ou explícita, da oposição de interesses, até então implícita, explica Maria N. Serpa. O terceiro nível dos conflitos é expresso na exteriorização da situação de conflito por meio de manifestações tendentes a solucioná-lo. O complexo de ações que compõe o conflito chama-se, neste nível do conflito, manifestações.

A autora traz uma ilustração do processo tripartido que forma o conflito:

Outra ilustração desse processo tripartido é o divórcio. Duas facções, marido e mulher, se opõem para obter resultados idênticos (o melhor interesse dos filhos, por exemplo) em direções opostas. Causas múltiplas, como conceitos diversos de justiça, valores, ressentimentos, etc. (potencialidades), determinam a decisão de separar (disposição e poder) e ativam comportamentos: descumprimentos dos deveres do casamento, injúrias e ações retaliadoras, como bloqueio de contas bancárias, ameaças de seqüestro de filhos, etc. (manifestações).²³

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

²³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 27.

Segundo Rudolph Rummel, o conflito se constitui numa dinâmica de forças intercambiadas que passam por repetidos espaços, formando uma espiral ascendente, num desdobramento dos três níveis do conflito. Para o autor, em cada anel da espiral o conflito vai da guerra à paz e vice-versa, percorrendo um caminho com cinco fases distintas, quais sejam: a) latente; b) início; c) balanceamento do poder; d) equilíbrio do poder; e e) interrupção do equilíbrio.

A primeira fase, latente, é formada pelas potencialidades e estruturas. Entende-se por potencialidades o conflito antes de sua manifestação, configurado conforme a formação psicossocial de cada agente, de forma que será o sistema de atitudes e disposições de comportamentos do agente que formará a estrutura do conflito.

A inicialização, segunda fase do conflito, é caracterizada pela manifestação dos interesses através de alguma forma de agressão, quer dizer que a agressão não será a causa do conflito, mas uma forma manifestação de interesses, antes latentes.

Balanceamento de poder ou administração de força é a terceira fase do conflito. Será o momento em que os vetores do poder se interpenetram e se chocam, interrelacionando-se. Diz-se que nesta fase, o conflito é o ajustamento das circunstâncias evolutivas, quando a violência passa a ter lugar, podendo transformar-se num veículo para as mudanças que porvirão.

Caracterizada pela cessação da dinâmica de forças, a quarta fase chamada de equilíbrio de poder, conduz o conflito a um momento estático, tanto em razão da capitulação de um dos lados, quanto pelo equilíbrio de poder propriamente dito, ou pelo ajuste de interesses. Observar-se-á que, ou o mais forte e poderoso subjuga e neutraliza o mais fraco, ou os vetores de poder se ajustam, seja por meio de sentença judicial ou acordo de vontades entre as partes.

Por fim, a quinta fase, interrupção do equilíbrio ou acomodação de forças, caracteriza-se pelo rompimento abrupto da estabilidade existente entre os vetores. A estabilidade será afetada por novas condições surgem com o passar do tempo e/ou que são acionadas por outros fatores, capazes de interromper o equilíbrio alcançado na quarta fase e de desencadear um novo processo conflitivo.²⁴

Novamente, Maria N. Serpa complementa os estudos de Rudolph Rummel com a seguinte síntese:

²⁴ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 28-29.

Em resumo, a primeira fase é a transformação do espaço sócio-cultural (pré-conflito) em interesses opostos. A segunda, envolve a decisão de manifestar os interesses opostos e conseqüente situação de instabilidade e incerteza (conflito propriamente dito). A terceira é o balanceamento do poder por meio de estruturas ou processos (resolução). A quinta é a cola que é a cabeça e cabeça que é a cola do processo. O fim e o início da espiral de Rummel.²⁵

A autora prossegue os estudos com ênfase na análise da tipologia dos conflitos e os classifica quanto **a)** à percepção e manifestação, em *i)* verídico; *ii)* contingente; *iii)* deslocado ou subordinado; *iv)* mal atribuído; *v)* induzido; *vi)* latente; *vii)* estruturado; *viii)* falso; **b)** à esfera de atuação do sujeito em *i)* intrapessoal; *ii)* interpessoal; *iii)* intragrupal; **c)** ao objeto em *i)* internacional; *ii)* constitucional, administrativo e fiscal; *iii)* organizacional; *iv)* trabalhistas; *v)* comercial; *vi)* de consumo; *vii)* de propriedade; *viii)* corporativo; *ix)* dano; *x)* familiar; *xi)* criminal; *xii)* comunitário; **d)** ao interesse em *i)* político; *ii)* privado; **e)** à natureza em *i)* de dados; *ii)* de interesse; *iii)* de estrutura; *iv)* de valor; *v)* de relacionamento; **f)** aos efeitos em *i)* destrutivo; *ii)* construtivo ou produtivo.

Ao presente estudo interessa a última das classificações levadas a efeito por Maria N. Serpa, quanto aos efeitos dos conflitos. Nos dizeres de Maria N. Serpa, os efeitos de um conflito serão destrutivos quando os participantes estão insatisfeitos com os resultados e se sentem prejudicados e serão construtivos quando os participantes estão satisfeitos com seus resultados e sentem que ganharam em consequência do conflito.²⁶

Evidencia-se que a adequação dos efeitos do conflito entre destrutivos ou construtivos deve observar os graus de insatisfação das partes, que variará entre quatro resultados distintos segundo estudos elaborados por Christopher Moore. O autor classifica os conflitos, quanto ao resultado, em perda/ganho, impasse, meio-termo, e ganha/ganha.

O resultado de um conflito será perda/ganho quando um dos agentes satisfizer totalmente seus interesses em detrimento do outro agente que não satisfará nenhum interesse; será um impasse quando os agentes não forem capazes de chegar a um ponto de equilíbrio e celebrar um acordo; será meio-termo quando as partes modificarem seus objetivos ou quando um desistir de um interesse em benefício do outro; e será ganho/ganho quando todos os agentes almejam a satisfação de todos os interesses.²⁷

Contribui para o estudo que será desenvolvido através desta pesquisa o resultado perda/ganho e ganho/ganho. Observa-se que da conjugação de ideias depreende-se que o

²⁵ RUMMEL, Rudolph. *Understanding conflict and war*. New York: Jhon Wiley and Sons, 1976, V. II, p. 237 *apud* SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 30.

²⁶ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42 *et seq.*

²⁷ MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey Bass, 1986, p. 73.

conflito será construtivo quando seu resultado gerar nos indivíduos envolvidos uma satisfação integral dos interesses envolvidos. Por outro lado, será destrutivo quando para a satisfação dos interesses de um dos agentes envolvidos advier a supressão dos interesses do outro que tem seus interesses ignorados.

Para Rozane da Rosa Cachapuz, o “conflito nem sempre tem conotação negativa, como algo ameaçador ou destrutivo, pois, muitas vezes, através dele que se pode chegar a uma nova diretriz de vida mais favorável.”²⁸ Embora o conflito faça parte do inconsciente coletivo como algo negativo, que deve ser extirpado tão logo surja, possui importante função social positivo-democrática de interação social e promoção do desenvolvimento da sociedade por meio da busca de equilíbrio entre as desavenças e oposições.

1.2.2 As formas de composição dos conflitos

Na perspectiva eminentemente jurídica, a doutrina clássica utiliza o termo “composição” para abordar as possíveis formas de encaminhamento e tratamento de controvérsias, com subsequente desdobramento nos “autocomposição” e “heterocomposição”.

A definição de “composição” consta no dicionário como ação de compor um todo, juntando partes; arranjo, disposição, associação, combinação, constituição, organização, estrutura.²⁹ Em sentido jurídico, a palavra composição vincula-se à ideia de conflito, litígio.

Moacyr Amaral dos Santos afirma que “compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a”³⁰. Na contramão deste entendimento, Fabiana Spengler prefere utilizar a “expressão ‘tratamento’ em vez de ‘resolução’ de conflitos, pois entende que os conflitos sociais não são ‘solucionados’ pelo Judiciário, no sentido de resolvê-los”³¹.

No dicionário a palavra “solução” significa o ato ou efeito de solver, resolução de uma dificuldade, resposta a uma questão, termo, desfecho, conclusão.³² Neste caso, é necessário destacar que na seara jurídica civil, o termo resolução é empregado para expressar a extinção

²⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de família*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 107.

²⁹ CIVITA, Victor. *Grande dicionário Larousse cultural da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.249.

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. I. p.09.

³¹ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (Des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008 (Coleção direito, política e cidadania; 19), p. 22.

³² CIVITA, Victor. Op. Cit. 838.

contratual fundada no descumprimento por uma das partes, como espécie de rescisão contratual.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ensina que, constatado o conflito entre duas esferas distintas e contrapostas de interesses sua resolução será alcançada por meio de atitude dos próprios contendores ou mediante a decisão imperativa de um terceiro. São elencadas pelo autor, como formas de composição dos conflitos:

proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las três posibles desembocaduras del litigio (AD.d); pero ello no quiere decir que se encuentren em el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.³³

Aproximando os ideais do autor da nomenclatura jurídica brasileira, o autor destaca três formas possíveis de se tratar um conflito: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

De forma diversa, Jose Luis Bolzan de Moraes, utiliza a expressão “Formas de Resolução de Conflitos” em autônomas e heterônomas, que compreendem dois grupos menores: Autotutela e Autocomposição; Arbitragem e Jurisdição, respectivamente.³⁴

Embora a este estudo interesse a classificação de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que apresenta a autotutela como meio distinto da autocomposição e da heterocomposição, e não como subgrupo daquela, mister analisar alguns aspectos gerais apresentados por José Luis Bolzan de Moraes que elenca como formas de resolução de conflitos as autônomas e as heterônomas.

Segundo José Luis Bolzan de Moraes, o critério-base para a divisão das formas de resolução de conflitos repousa na atribuição do poder de decidir o conflito sobre os envolvidos ou sobre um terceiro. Nas formas autônomas este poder concentra-se nas partes envolvidas, individual ou conjuntamente³⁵, já nas formas heterônomas o poder pertence a um terceiro, ator privado ou público.

As formas autônomas são aquelas que revelam a pretensão de que os litígios sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da reelaboração da situação conflitiva sem a prévia delimitação formal de seu conteúdo através da norma jurídica. Assim, supõe-se a

³³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: UNAM, 2000. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>> Acesso em 12 abr. 2013.

³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 116-117

³⁵ O autor, em nota, afirma: “de alguma forma poder-se-ia questionar a inclusão da autotutela como mecanismo autônomo. Todavia, nos limites deste trabalho, pode-se aceitar tal classificação, na medida em que não há intervenção de um terceiro que tenha a incumbência de constituir a solução”.

possibilidade de uma sublimação do conflito a partir do compromisso das partes com o conteúdo da resposta elaborada por elas mesmas no embate direto que travam. José Luis Bolzan de Moraes continua:

Neste caso, a solução do conflito provem não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que diga a sentença, mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades, etc., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada, apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios, e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, de cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.³⁶

Para o autor a mediação e a conciliação compõem este método. Esta se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação apresenta-se como “um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, através de um esforço estruturado.”³⁷

Na autotutela, que na concepção de José Luis Bolzan de Moraes configura um subitem da autocomposição, um dos envolvidos no conflito, pela utilização da força, impõe ao outro sua versão de solução a ser adotada. “Em face disto, os conflitos ocorridos entre as pessoas eram resolvidos instintivamente, ou seja, a parte interessada em satisfazer seu direito buscava sua satisfação através do uso da força, impondo sua vontade ao outro.”³⁸

Ainda segundo José Luis Bolzan de Moraes, são formas heterônomas de resolução de conflitos a Jurisdição, na qual o conflito é coercitivamente decidido por um terceiro, e a arbitragem, cujo terceiro a impor a decisão é eleito pelas partes. “São ditos, ambos, heterônomos, pois se assentam na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/resposta, seja através do monopólio público-estatal, seja através da designação privada.”³⁹

A forma de solução de conflito mais difundida no cenário contemporâneo é a heterônoma, por questões que oportunamente serão tratadas e debatidas. Em especial, a Jurisdição é a forma de solução mais procuradas por aqueles que, eventualmente, envolveram-se em conflitos. De certo a Jurisdição vale-se do processo para encadear atos sequenciais

³⁶ Ibid. p. 135.

³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 135.

³⁸ Ibid. p. 117.

³⁹ Ibid. p. 134.

lógicos capazes de proporcionar as condições adequadas para que o juiz, terceiro alheio ao conflito, imponha a solução.

Em suma, o desenvolvimento tradicional do processo se verifica segundo um modelo contencioso, conflitual, que apresenta as partes como “adversárias em um jogo” no qual apenas um poderá sagrar-se vencedor. Tal modelo é “caracterizado pela oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos e pela atuação de um terceiro, encarregado de declarar a quem pertence o direito de forma impositiva”⁴⁰, segundo Fernanda Tartuce.

Segundo Lília Maia de Moraes Sales, a abordagem antagonista do processo constitui um dos problemas dos meios tradicionais de solução de conflitos: as partes são apontadas como inimigas, como ganhadora e perdedora, como certa e errada.⁴¹

As formas autocompositivas tendem a fomentar o modelo consensual de solução de conflitos, nos quais objetiva-se criar condições para que os envolvidos realizem acordos e participem positivamente da construção da solução que irá pairar sobre o conflito. Por consequência, os envolvidos não são vistos como adversários, mas sim como parceiros na empreitada de solucionar um problema comum a ambos e que reclama a satisfação de todos os interesses de forma equitativa.

Aquela representa a ideia de justiça contenciosa e segundo classificação de Maria N. Serpa os conflitos por ela abrangidos são destrutivos; e esta a de justiça coexistencial, na qual os conflitos, ainda segundo classificada como Maria N. Serpa, são construtivos.

Mauro Cappelletti, mentor da justiça coexistencial, ensina que a justiça em tal viés, deve levar em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido, sendo seu objetivo curar – e não exasperar – a situação de tensão. O autor fomenta a implementação da justiça coexistencial, em substituição a justiça contenciosa, haja vista que a justiça coexistencial não visa decidir nem dividir, mas ao contrário visa remendar uma situação de ruptura ou tensão, “em vista da preservação do bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, à qual dificilmente poderiam subtrair-se”⁴².

⁴⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 102.

⁴¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan-mar, 1992, p. 127/143.

1.2.3 Extensão e compreensão dos meios de composição de conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a resolução dos conflitos que envolvam interesses contrapostos será alcançada por meio de atitude dos próprios contendores ou mediante a decisão imperativa de um terceiro, indicando a autotutela, a autocomposição e o processo como formas de composição dos conflitos.

1.2.3.1 Autotutela

A autotutela ou autodefesa é a forma mais primitiva, e ainda não superada totalmente, de solução dos conflitos de interesses individuais ou coletivos. Caracteriza-se pelo predomínio da força, de modo que o contendor resolve o conflito por sua própria conta, com vistas à obtenção de uma posição de vantagem em relação a situação desejada.⁴³ A autotutela foi a primeira resposta encontrada pelos indivíduos para resolver suas controvérsias, e ao contrário do que possa parecer a criação do Estado não a fez desaparecer dentre as formas de solução dos conflitos, sendo aceitas algumas exceções legais pelos estudiosos, o que não a isenta da discriminação por alguns, que nela observam resquícios de justiça privada.

Alcalá-Zamora y Castillo ensina que na autodefesa – termo de sua preferência – os antagonistas resolvem o conflito pela imposição do interesse de um deles em detrimento do interesse de outro, referindo-se a tal hipótese como solução composta por um misto de parcialidade e egoísmo.⁴⁴

Todavia, a conclusão negativa a respeito da autodefesa nem sempre merece prosperar. Considerando que o Estado não poderá fazer-se presente em todas e quaisquer situações para zelar pelo bom cumprimento das normas. Isto significa que em dadas ocasiões, a exemplo da legítima defesa e do estado de necessidade, em que a atuação do particular é pertinente perante a situação de perigo concretamente vivenciada. No mesmo sentido está Alcalá-Zamora y Castillo:

⁴³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. I. p. 4.

⁴⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: UNAM, 2000. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>> Acesso em 12 abr. 2013.

La autodefensa expresa la natural reacción del sujeto lesionado em su interés, cuando no el impulso de los dos contendientes em litigio, que al acudir a ella se dejan llevar por consideraciones egoístas, com prescindencia de toda idea de solidaridad social. Situaciones dramáticas, como las determinantes de la legítima defensao del estado de necesidad.⁴⁵

E continua:

la autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos em conflicto [...], y aun a veces los dos, como en el duelo o em la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente com el otro, mediante su acción *directa*, em lugar de servirse de la acción *dirigida* hacia el Estado a través del processo.⁴⁶

Por tais razões, enquanto o Estado não for onipresente e autossuficiente para resolver de imediato situações emergenciais, a autotutela não poderá ser extirpada do ordenamento jurídico brasileiro. Ciente desta incapacidade do Estado é que o operador do Direito deve abandonar os preconceitos relacionado a autotutela, bem como interpretações radicais que considerem totalmente ilegal. Ao contrário, esta encontra no ordenamento pátrio diversas hipóteses legais que autorizam sua aplicação desde que orientada pelos princípios da boa-fé e da razoabilidade.

São situações que autorizam a utilização da autotutela no âmbito civil, sem a pretensão de esgotar o tema: a legítima defesa, estado de necessidade e exercício de direito (Código Civil, art. 188); o desforço imediato na proteção possessória (Código Civil, art.1.210, §1º); autotutela de urgência nas obrigações de fazer e não fazer (Código Civil, art. 249, parágrafo único e art. 251, parágrafo único); direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a estrema do prédio (Código Civil, art. 1.283); embargo de obra nova efetuado pelo próprio interessado (Código de Processo Civil, art. 935); direito de retenção de bens (Código Civil, art. 578, 644, 1.219, 1.433, II, 1.434).

Por outro lado o Código Civil, no artigo 188 afirma não configurar ato ilícito aquele praticado em legítima defesa. Ora, o ordenamento jurídico expressa a excepcional permissão ao indivíduo de utilizar a própria força para preservar a si ou a outrem de agressões injustas, que demandem reação imediata desde respeitada a proporcionalidade quando da utilização dos meios de defesa, nos casos em que a autoridade estatal não possa chegar a tempo de prestar socorro⁴⁷. Ressalte-se que aquele que pratica ato configurado como legítima defesa,

⁴⁵ Ibid, p. 30.

⁴⁶ Ibid, p. 50.

⁴⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 40.

apenas estará isento de indenizar os danos, porventura causados, se a legítima defesa for real, praticada contra o verdadeiro agressor.⁴⁸

O artigo 24 do Código Penal considera que age em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Assim como ocorre na legítima defesa, o Código Civil, no artigo 188, II, reconhece que o ato praticado em estado de necessidade não configura ilícito. Tal situação também ocorre com exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal, previsto no Código Penal, artigo 23, III e ratificado pelo artigo 188, I do Código Civil.

Em tais situações, as normas penais e civis são unânimes em aceitar e isentar de punição aquele que atua motivado pela autotutela de seus interesses quando o Estado faz-se ausente nas situações do cotidiano que não admitem a espera por uma solução estatal, que certamente virá a destempo.

O desforço imediato, na proteção possessória, encontra fundamento no Código Civil, art.1.210, §1º, configurando quando o próprio possuidor lesado utiliza de suas forças para afastar injusta ameaça a sua posse, agindo em legítima defesa para impedir a invasão de sua propriedade ou para nela se reintegrar por meio do desforço imediato, se já esbulhada.

O artigo 249 do Código Civil aduz que em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido. Já o artigo 251 afirma que em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer ato a cuja abstenção obrigou-se o devedor, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido. Isto porque em tais situações o Estado não estará presente durante as violações a que pode ser submetido um direito, bem como não é corriqueiro o desprendimento alheio capaz de conduzir a possível autocomposição.⁴⁹

O direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a estrema do prédio, previsto no artigo 1.283 do Código Civil está afeto ao direito de vizinhança e dispensa qualquer comunicação prévia entre as partes, nem terá o dever de indenizar caso a árvore venha a perecer. Nada há que opor à afirmação de que esta é uma das modalidades de autotutela legítima.⁵⁰

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. I. p. 505.

⁴⁹ 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*, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26126>>. Acesso em: 2 dez. 2009.

⁵⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas. São Paulo: Manole, 2006. p. 1.512.

No que tange a obra nova, o artigo 935 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de aquele que se sentir prejudicado, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, notificando verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obra. Esta modalidade de autotutela limita a atuação do nunciante, afinal o vizinho apenas poderá notificar extrajudicial e verbalmente aquele que viola seu direito. Neste caso, a autotutela concretizar-se-á na expressão verbal da insatisfação mediante a violação configurada.

A última hipótese de autotutela a ser analisada é o direito à retenção que constitui de defesa concedido pela lei para que o titular da relação jurídica possa se opor à restituição de um bem até receber a contraprestação que lhe é devida. Desta forma busca-se a igualdade entre as partes, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de uma delas.

Em regra, caso o interessado atue fora das hipóteses legais, restará configurado o tipo penal descrito no artigo 345 do Código Penal, caracterizando exercício arbitrário das próprias razões.

1.2.3.2 Autocomposição

Autocomposição é o comportamento das partes tendente a encontrar, isoladamente ou em conjunto, uma saída para o conflito. Inexiste, nesta hipótese, a participação de um terceiro incumbido de definir o impasse. Fredie Didier Jr. assim explica a autocomposição:

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor de um interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução de conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional. *Autocomposição* é um gênero, do qual são espécies: a) *Transação*: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) *Submissão*: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando de seus interesses. Quando feita em juízo, a *submissão* do autor é denominada de renúncia (art. 269, V, CPC); a do réu é designada é designada como reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II, CPC).⁵¹

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. V. I. p. 99.

A solução dos conflitos pela autocomposição demanda cada vez mais a busca pelo consenso, por ser extremamente vantajoso e produtivo que os contendores se comuniquem de forma a alcançar a superação do impasse. No entanto, a disponibilidade do direito em questão, é premissa para a realização de autocomposição válida e eficaz, analisando tal aspecto por suas vertentes substancial e processual.

Em sua vertente substancial, a autocomposição está intrinsecamente relacionada com a disponibilidade do direito material por seu titular. Uma pessoa poderá dispor de certo direito quando detiver total liberdade para, por sua vontade, usá-lo ou não. O direito disponível é aquele que poderá ou não ser exercido por seu titular, por não existirem normas cogentes a impor o cumprimento do preceito, ou a previsão de nulidade ou anulabilidade do ato praticado.⁵²

Carlos Alberto Carmona, invocando a origem latina do termo “disponibilidade”, qual seja *disponere* – que significa dispor –, sustenta serem disponíveis os bens que podem ser livremente alienados ou negociados por se encontrarem desembaraçados, estando provido, o alienante, de plena capacidade para isso.⁵³

Havendo, portanto, poder de disposição pelo titular do direito, nada obstará a verificação da autocomposição nos campos do direito de família, patrimonial, obrigacional ou de qualquer outro ramo do direito. Miguel Maria de Serpa Lopes aponta, em sentido genérico, que todos os direitos podem ser considerados suscetíveis de transação, ou seja, aptos a autocomposição, quanto às suas modalidades, quanto à validade ou à extensão⁵⁴.

Poderia ser fácil aplicar a autocomposição a toda sorte de direitos para os quais estejam os seus titulares aptos a deles dispor. Entretanto, há considerável resistência doutrinária quanto à possibilidade de autocomposição de direitos decorrentes de relações jurídicas, cujo objeto possua cunho personalíssimo ou de significativo relevo público.

Tradicionalmente, temas afetos ao direito de família, aos direitos da personalidade, às coisas fora do comércio são alvos de dogmas, preconceitos e opiniões contrárias a possibilidade de transação e acordo sem quaisquer embasamentos sólidos, capazes de restringir tal possibilidade. Contudo, muitas questões revelam-se aptas a serem eficazmente submetidas a autocomposição.

Apesar de o tema “indisponibilidade de direitos materiais” não interessar diretamente ao presente estudo, mister avaliar posicionamentos de estudiosos que defendem o afastamento

⁵² MENDONÇA LIMA, Alcides. *Dicionário de Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1986, p. 225.

⁵³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei n.9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.56 *apud* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

⁵⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. São Paulo: Freitas Bastos, 1966. V. II. p. 305 *apud* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 49.

do caráter absoluto que engessa acordos que envolvam tais interesses e os exclui dos benefícios decorrentes da utilização da autocomposição.

Tal tarefa encontra dificuldades que não passaram despercebidas por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, que assumem a existência de situações, nas quais é totalmente plausível a realização de acordos em relações jurídicas de cunho indisponível, assim como pode ocorrer, por meio de transação, que direitos absolutamente indisponíveis venham a se relativizados. Este tema demanda cautela, mas não exclusão.⁵⁵

Assim, correto é o alerta de que “ainda que seja o direito, em alguma medida, indisponível, pode ter aspectos quantitativos negociáveis⁵⁶”. Exemplo da existência de tais aspectos quantitativos negociáveis é a possibilidade de os interessados levarem a efeito transação a respeito do efeito pecuniário de sentença que reconheça o direito a alimentos, fato que ocorre com frequência.

Também é possível que, conscientes sobre os direitos e deveres recíprocos, as partes celebrem acordos válidos em ações de estado, como a de separação, e nas relativas a interesses de incapazes, como guarda de menores. Por fim, exemplifica claramente a hipótese de autocomposição sobre interesses, ditos absolutos, a possibilidade de, em uma ação de reconhecimento de paternidade, o suposto pai reconhecer a paternidade por ato de autocomposição unilateral.

Outra hipótese que não pode ser descartada é a viabilidade de realização de acordos em causas que envolvam a Fazenda Pública. Fernanda Tartuce apresenta a desapropriação realizada de forma amigável como exemplo de que a autocomposição, na modalidade conciliação, pode ser realizada quando estejam em jogo os interesses pertinentes à Fazenda Pública. Assim, deve haver, obviamente, certos cuidados na realização de transação pelo Poder Público, garantindo-se que não haja piora qualitativa na posição do ente público e que não se configure desvio de finalidade quanto ao destino de verbas públicas.⁵⁷

Rodolfo Camargo Mancuso afirma que fora e além de tais limitações não há “razão técnica para que se tenha o interesse fazendário como absolutamente indisponível (nesse sentido de inegociável ou insuscetível de transação)”⁵⁸. Cristiane Rodrigues Iwakura assim afirma:

⁵⁵ WANBIER, Luiz Rodrigues; WANBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 50.

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 50.

⁵⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 50 *et seq.*

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. In: *Separata da Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 93, n. 820, p. 47, fev. 2004.

No que tange à utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos em face do Poder Público, nota-se que há uma especial preocupação em se demonstrar que a indisponibilidade do interesse público não é de forma alguma um empecilho à transação com um ente estatal.⁵⁹

Já em sua vertente processual, a autocomposição está intrinsecamente relacionada com de disponibilidade do direito de ação, podendo provocar ou não a manifestação do Poder Judiciário quanto à ofensa de um direito que fora violado. Sabe-se que isto ocorre, mediante a proibição estatal genérica da autotutela.

A disponibilidade processual da tutela jurisdicional possibilita que as partes tenham autonomia para manifestarem-se quanto à viabilidade de dispor ou não de seus direitos, dentre eles o de iniciar um processo, de suspendê-lo ou extingui-lo, por meio de institutos como a renúncia ou a desistência. Em síntese, os institutos relativos à autocomposição unilateral permitem o exercício da disponibilidade quanto à posição processual.

Contudo duas observações devem ser feitas relativamente aos limites da disponibilidade processual: esta deverá respeitar as restrições dos artigos 302, I; 320, II e 351 do Código de Processo Civil; além de a disponibilidade ser fruto da autonomia da vontade do titular do direito e não uma imposição ocasionada pela inacessibilidade ao Poder Judiciário.⁶⁰

Nota-se que a disponibilidade quanto à uma posição processual será limitada quando envolver direitos indisponíveis como os albergados nos artigos retro referidos. Logo, quando se tratar de direitos indisponíveis, não será possível dispor de direito que não admita confissão; da não produção dos efeitos da revelia; assim como não valerá como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

Por fim, deverá ser objeto de verificação a liberdade quanto a manifestação de vontade, ou seja, a submissão e a renúncia devem ser espontâneas para que seja efetiva a disponibilidade quanto a posição processual e não fruto da falta de acesso ao Judiciário. Greco⁶¹ afirma que a renúncia ao acesso à justiça, seja pelo compromisso arbitral, desistência da ação, renúncia ao direito de recorrer ou desistência do recurso,

pressupõe que a manifestação de vontade seja absolutamente livre e que o renunciante esteja plenamente consciente das consequências e dos efeitos daí

⁵⁹ IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Disponibilidade do objeto litigioso como condição de transigibilidade nas demandas em face da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2593, 7 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17135> Acesso em: 17 abr. 2013.

⁶⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 52-53.

⁶¹ Forma como, carinhosamente, é conhecido na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

decorrentes, o que normalmente ocorre apenas quando se tornou concretamente possível a prática do ato de iniciativa processual.⁶²

Importante analisar que a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral. A (i) unilateral concretiza-se por meio (i.a) da renúncia; (i.b) da desistência; (i.c) do reconhecimento jurídico do pedido. A auto composição (ii) bilateral pode ser (ii.a) mediante negociação; (ii.b) facilitada. A autocomposição bilateral facilitada desdobra-se em (ii.b.1) conciliação; (ii.b.2) mediação.

A autocomposição será (i) unilateral quando depender de ato a ser praticado exclusivamente por uma das partes em sua seara de disponibilidade. Será neste contexto que o interessado protagonizará a renúncia, a desistência ou o reconhecimento jurídico do pedido.

A (i.a) renúncia é ato unilateral por meio do qual o envolvido na relação jurídica dispõe de seu direito material ou processual a que faz ou faria jus. “A renúncia ao direito é ato do autor, que faz com que o processo perca seu objeto”⁶³. No âmbito do direito material, o significado da renúncia variará conforme a ramo do direito a que estiver atrelado, no contexto dos direitos reais, a renúncia caracteriza abandono; caracterizará remissão no âmbito do direito creditório.⁶⁴

Quanto ao aspecto processual, a renúncia, está prevista no Código de Processo Civil como hipótese de extinção do processo com resolução de mérito, nos moldes do artigo 269, V, o que implica em uma acomodação da parte quanto a inexistência de vontade de exercer a posição jurídica. Deste modo, exige-se que o objeto seja renunciável e os renunciantes devem ser dotados de capacidade para exercer tal ato jurídico Egas Moniz de Aragão denomina tais exigências de requisitos objetivos e subjetivos respectivamente.⁶⁵

A (i.b) desistência permite que parte, com base no princípio da disponibilidade processual desista do processo integralmente, abdicando a posição processual assumida com o ajuizamento da demanda, ou parcialmente, situação na qual o processo não será extinto, pois deverá prosseguir com a parte não afetada. A desistência é a manifestação do autor a respeito de sua intenção de não mais prosseguir na demanda, devendo, para tanto, peticionar ao juízo que extinguirá o processo sem exame do mérito, o proporcionará ao autor ajuizar novamente ou não a demanda conforme seu interesse.

⁶² GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.225.

⁶³ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*: introdução ao processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012. V. II. p.201.

⁶⁴ MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V. II. p. 302.

⁶⁵ Idem, p. 429.

Entretanto a desistência somente será livre enquanto Não ocorrer a citação do réu, caso contrário, este deverá ser consultado sobre o pedido de desistência, que somente será acolhido mediante a concordância deste, nos termos do artigo 267, §4º do CPC.

O (*i.c*) reconhecimento jurídico do pedido consiste em conduta do réu tendente a admitir a pretensão deduzida pelo autor, uma vez praticado o reconhecimento jurídico do pedido, ao juiz cumprirá analisar a admissibilidade de tal ato com base em dois critérios, quais sejam a disponibilidade do direito e a capacidade de quem o manifesta. Importante destacar que quanto à forma, nenhuma exigência legal existe, o que deve ser considerado é a certeza do ato e a impossibilidade de ter sido praticado equivocadamente. O reconhecimento do pedido “tem como objeto o próprio pedido do autor, configurando-se verdadeira adesão do réu ao pedido do autor, ensejando a autocomposição do litígio, o que exime o juiz de dar a sua solução para o conflito de interesses”⁶⁶.

Egas Moniz de Aragão afirma que o reconhecimento jurídico do pedido, e portanto da procedência da pretensão autoral, há uma reorganização da situação controvertida, configurando verdadeira autocomposição a cerca da titularidade da posição jurídica.⁶⁷

A autocomposição (*ii*) bilateral ocorrerá quando as partes envolvidas no conflito participarem integralmente da solução proposta para a situação controvertida, em especial, na busca da solução for alcançada espontaneamente. As partes podem optar pela solução entre si, sem a intervenção de terceiros ou com tal intervenção. Assim a autocomposição poderá ser por (*ii.a*) negociação, (*ii.b*) ou ser facilitada, respectivamente.

A autocomposição por (*ii.a*) negociação dar-se-á quando os envolvidos, por meio de sua própria interação na relação ou situação jurídica reorganizarem suas posições, obtendo, após a atividade de negociação, uma saída para o impasse. É inegável que os métodos negociais, vem ganhando lugar no mundo contemporâneo. Isso porque “cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e resolução de controvérsias”⁶⁸.

O mais importante numa negociação é a disposição das partes para alcançar uma solução que prestigie os reais interesses envolvidos. Assim, por meio da reorganização das posições das partes, abre-se um leque de possibilidades para que se encontre uma saída efetiva e satisfatória para o impasse. Deste modo, ensina Fernanda Tartuce:

⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. V. II. p. 201 *et seq.*

⁶⁷ MONIZ DE ARAGÃO, E.D. Op. Cit. p. 424.

⁶⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.5.

A valorização da negociação como instrumento idôneo de tratamento de conflitos revela tendência de mudança de paradigmas, com a diminuição do enfoque “ganhar-perder” (baseado no antagonismo) e o crescimento do enfoque cooperativo, baseado na satisfação de interesses. A proposta é que a negociação venha a fortalecer os vínculos interpessoais.⁶⁹

A negociação cresce como método indicado para diminuir as resistências e convencer os envolvidos a aceitar que é imprescindível a adequar a composição dos conflitos às bases consensuais. A realização da negociação exige, em regra, o restabelecimento do contato entre as partes que devem estar dispostas a comunicar e interagir, entre si, de forma aberta. José Maria Rossani Garcez aponta que a vantagem da negociação sobre os envolvidos em situação controvertida é evidente, uma vez que se trata de método personalíssimo, que preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução dos próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada.⁷⁰

Já a autocomposição (*ii.b*) facilitada é aquela levada a efeito quando as partes não conseguem, sozinhas, efetuar uma comunicação eficiente para entabular uma solução conjunta para deflagrar a composição da controvérsia. Em casos tais, verifica-se que a relação entre os envolvidos está em avançado estágio de deterioração, com graves problemas de comunicação e contato direto. Nessas situações, pode ser recomendável que um terceiro auxilie as partes a alcançar uma posição mais favorável na situação controvertida, por meio da mediação ou da conciliação.⁷¹

A autocomposição (*ii.b*) facilitada subdivide-se em (*ii.b.1*) conciliação; (*ii.b.2*) mediação. Tanto a conciliação como a mediação constituem espécies do gênero composição consensual e podem ser utilizadas tanto na via judicial como na extrajudicial. A tendência é que os processos disponham de tentativas de solução consensual. Ainda que aconteça na via judicial, mister verificar a espontaneidade de sua realização, visto que o acordo não deve ser obtido receio ou por temor, mas por efetiva composição das partes.

Anteriormente ao conceito e aplicação de cada espécie mister destacar as principais diferenças entre conciliação e mediação, centradas na forma e no objetivo perseguido ao se encaminhar para a autocomposição. Nestes termos, expõe Fernanda Tartuce:

O mediador não induz propriamente as partes a um acordo, mas se esforça para auxiliar no restabelecimento da comunicação para que elas próprias gerem suas novas formas de relacionamento e equacionamento de controvérsias. Sua atuação

⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p.60.

⁷⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. Op. Cit. p.1.

⁷¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p.68.

ocorre no sentido de provocar a reflexão para que os próprios indivíduos encontrem saídas para o conflito. Já o conciliador, de forma mais incisiva, busca a obtenção de um acordo, inclusive sugerindo maneiras de alcançá-lo e extinguir o litígio já instalado formulando possíveis propostas de composição.⁷²

A *(ii.b.1)* conciliação é uma técnica de autocomposição, por meio da qual um profissional imparcial intervém para, mediante atividade de escuta e investigação, auxiliar os indivíduos envolvidos no conflito a celebrar um acordo, expondo quando necessário as vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem forçar a realização do acordo, todavia. Nota-se que o objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não seja plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e de dinheiro.

Já a *(ii.b.2)* mediação é a técnica pela qual terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as partes em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, possam construir, por si sós, a composição do litígio da maneira mais satisfatória, ou menos insatisfatória possível à sua realidade interna e externa.

O conhecimento das origens da controvérsia facilita seu entendimento, portanto, sua dissolução. A comunicação é o meio mais eficaz para alcançar este objetivo e conta com três partes essenciais: o emissor, o canal pelo qual a mensagem é transmitida e o receptor. Assim, observa-se que a função do mediador é impor as regras de comunicação para esta se realize com atenção, clareza e aceitação plenas.

O mediador, atuando como facilitador do diálogo, “busca resgatar, nos envolvidos no conflito, sua responsabilidade pessoal, de forma que os próprios mediandos, sem qualquer indução, possam chegar a uma resposta adequada para o impasse”⁷³.

Na mediação o terceiro neutro, cria as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução: auxiliar as partes a elaborar, conjuntamente, soluções para o conflito. Isto exige a realização de várias sessões de mediação com as partes, intensificando a comunicação entre as partes.

“Mediação bem-sucedida será aquela em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador e aparadas as arestas, as partes podem retomar a comunicação de

⁷² Ibid. p. 65-66.

⁷³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 39.

maneira adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual”⁷⁴, segundo ensina Fernanda Tartuce.

1.2.3.3 Heterocomposição

Humberto Dalla afirma: “a parcialidade característica da autocomposição fundamentou a crença de que a solução de conflitos deveria ser entregue a pessoa desinteressada no objeto da disputa.”⁷⁵ A entrega, portanto, da solução do conflito a terceira pessoa configura a heterocomposição, na qual esta terceira pessoa decidirá, segundo suas convicções, a melhor solução a ser aplicada ao caso, decidindo a questão impositivamente.

Fernanda Tartuce atribui o estímulo ao uso de tal forma de encaminhamento do conflito foi marcado pela redução paulatina de situações permissivas de autotutela e pelo fato de ser a autocomposição um fenômeno eventual, face a intensa e acirrada litigiosidade crescente na atual sociedade.⁷⁶

A heterocomposição desdobra-se em duas vias de solução impositiva dos conflitos: a (i) arbitragem e a (ii) Jurisdição, brevemente conceituadas sem a pretensão de esmiuçar tais hipóteses.

A (i) arbitragem consiste em um antigo método de composição de controvérsias consistente na escolha, pelas partes, de um terceiro para definir o destino da controvérsia instaurada entre as partes, visto que estas não desejam uma solução consensual, mas sim uma decisão impositiva.

Para Carlos Alberto Carmona, a arbitragem constitui a técnica de solução de controvérsias pela intervenção “de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo destinada a assumir eficácia de sentença judicial”⁷⁷.

Observe-se que na arbitragem, a decisão sobre o conflito será proferida por uma pessoa de confiança, mas equidistante em relação às partes: o árbitro. Embora desprovido de

⁷⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 73.

⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed., amp. Ver. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. Op. Cit. p.74.

⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei n.9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

poder estatal, porquanto não integrante do quadro de agentes públicos, o árbitro profere decisão com força vinculativa.

A arbitragem, no Brasil, teve seu marco regulatório com a edição da Lei nº 9.307/96⁷⁸. Fredie Didier Jr, elenca algumas das características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§ 1º e 2º): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art. 13, Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e capaz. Os árbitros têm o *status* de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Larb; art.475-N, VI CPC); o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providencia executiva; também não é possível a concessão de provimentos de urgência, que exigem atividade executiva para serem implementados (art. 22, 4º, Larb); e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Larb).⁷⁹

Por outro lado, a (ii) Jurisdição é a solução impositiva da controvérsia, por terceiro não escolhido pelas partes, mas integrante do Poder Judiciário. Antônio Carlos de Araújo Cintra apresenta a conceituação de Jurisdição considerando seu aspecto tríplice, enquanto poder, função e atividade. Para o autor a Jurisdição é poder enquanto capacidade estatal de decidir imperativamente impondo decisões; em seu aspecto função, expressa o dever de promover a pacificação dos conflitos interpessoais realizando, pelo processo, o direito justo; como atividade, constitui o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função atribuída pela lei.⁸⁰

Ao estudo interessa analisar a Jurisdição sob sua vertente contenciosa, que opera sobre litígios, com vistas a fazer prevalecer a lei para atribuir o bem da vida disputado a quem lhe fizer jus, segundo o sistema jurídico. Instalado o conflito de interesses, garantido estará o direito de ação, pelo qual se pedirá ao Estado a interferência para definir quem tem razão e assegurar a obtenção do bem da vida.

Fredie Didier Jr. conceitua Jurisdição como a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo

⁷⁸ PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339, p. 127-141, jul./set., 1997, p. 127: “A nova Lei de Arbitragem – nº 9.307, de 23.9.96 – surge na esteira desta tendência e fornece, priorizando a autonomia de vontade das partes em sede de direitos disponíveis, meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização sem entraves constantes da legislação que até então regulava a matéria (arts. 101 e 1072 a 1102, do CPC).”

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. V. I. p. 105.

⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.⁸¹

Não restam dúvidas, este método, em sua via de solução impositiva de conflitos, qual seja a Jurisdição, prevalece no Brasil. Disto decorre a necessidade de analisar os modelos processuais que guardam pertinência com este método de solução de conflitos.

1.3 Os modelos processuais

Ciente de que o presente estudo não detém a pretensão de analisar, profundamente, a história do direito, mas apenas a ela se reportar como pano de fundo para esclarecimentos necessários quanto alguns objetivos, mister dar um salto no tempo e no assunto.

Está assentado no conhecimento empírico e inconsciente da sociedade que o método de solução dos conflitos que adotado, cotidianamente, pelos cidadãos é o da heterocomposição. Disso decorrem várias consequências que merecem ser analisadas, no entanto, é necessário observar inicialmente, a evolução dos modelos processuais.

1.3.1 Modelos tradicionais

A doutrina, especificamente, Fredier Didier Jr.⁸², identifica e examina dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. Tal dicotomia revela-se criticável, porém indispensável para tratar do assunto no meio acadêmico. Por outro lado, muita divergência a caracterização de tais modelos é objeto de polêmica.

Em suma, o processo, no modelo adversarial, assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. Neste modelo, a maior parte das atividades processuais é desenvolvida pelas partes.

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. V. I. p. 89.

⁸² DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Coor.) *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 427-439.

Já no modelo inquisitorial (não-adversarial), o processo, organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. Neste modelo cabe ao órgão judicial protagonizar as atividades processuais.

No modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, enquanto no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. Vale ressaltar que a expressão princípio foi utilizada no sentido “fundamento”, “orientação preponderante” e não de espécie normativa.

Desta forma, se o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio dispositivo. Ao contrário, quanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o princípio inquisitivo será o processo.

A oposição entre princípio inquisitivo e princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe à disposição dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

Alerta o autor que a “dispositividade” e a “inquisitividade” podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo”. Sendo difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da dispositividade ou da inquisitoriedade que não comporte exceção.

Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. Não existe sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Fredie Didier Jr. enfatiza: “o mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.”⁸³

Barbosa Moreira e Bedaque defendem uma outra acepção do princípio dispositivo. Para os autores é preferível que a denominação “princípio dispositivo” seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo.

⁸³ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Coor.) *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 427-439.

E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). Referem-se a um princípio relativo à relação material, não à processual⁸⁴⁻⁸⁵. Os autores, como se pode constatar, pretendem dar ao princípio dispositivo/inquisitivo uma dimensão substancial, pois o relaciona à situação jurídica discutida: se disponível, processo dispositivo; se indisponível, processo inquisitivo.

1.3.2 O modelo cooperativo

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação, que define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes⁸⁶. O contraditório deve ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deva ser observada para que a decisão seja válida.⁸⁷

A condução do processo não será determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo), somente. Porém não se pode afirmar que exista uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.

Daí surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma “dupla posição”: “mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual”, e “assimétrico” no momento da decisão⁸⁸; não conduzirá o processo ignorando

⁸⁴ Cfr.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-68.

⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.90.

⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. *Genesis Revista de Processo Civil*. v. 10, p. 667-680, out. - dez., 1998.

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba. v. 8, n. 27, p. 22-51, jan.-mar. 2003. p. 25-26; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

ou minimizando o papel das partes na “divisão do trabalho”⁸⁹, mas sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio.

Neste modelo processual, a decisão judicial passa a ser fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder exclusiva do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizada.

Neste momento, revela-se a necessária a manutenção da assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional, haja vista que a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder. A assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo.⁹⁰

Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao juiz deveres que o tornam sujeito do contraditório. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo.⁹¹

Este modelo de direito processual civil é adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

A eficácia normativa do princípio da cooperação independe da existência de regras jurídicas expressas. Tal princípio torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo, por meio da imposição dos deveres de cooperação, que podem ser divididos em: esclarecimento, lealdade e proteção.

Tais deveres são aplicados tanto às partes como ao órgão jurisdicional.

O dever de esclarecimento impõe às partes, por exemplo, redigir a petição inicial com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, CPC); o dever de lealdade determina que as partes não podem litigar de má-fé (art. 17do CPC), além de exigir a observância do princípio da boa-fé processual (art. 14,II, CPC); quanto ao dever de proteção, as partes não podem causar danos à parte adversária (arts. 879-881, CPC).

Relativamente ao órgão jurisdicional é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação, pois também deve cumprir o dever de lealdade, como consequência do princípio da boa-fé processual.

O dever de esclarecimento consiste na obrigação imposta ao tribunal de esclarecer com as partes eventuais dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas. Assim, por

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

⁹⁰ MITIDIERO, *Op cit.* p. 81.

⁹¹ ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.

exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual.

Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever.

O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.

É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC).

O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. O juiz deverá consultá-las sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir.

O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte.

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito.

O princípio da cooperação se destina a transformar o processo em uma “comunidade de trabalho” “e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”. Há regras de cooperação que concretizam esse princípio, por exemplo, a que exige que o pronunciamento judicial seja claro, inteligível.

É importante repisar que a inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação deste princípio. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).⁹²

1.4 Cultura, direito e processo

Os modelos processuais, certamente, são frutos da relação mais íntima entre direito e cultura. Depreende-se das lições Michelle Taruffo, que cultura é um termo de difícil definição, principalmente se for considerado que é utilizado com tamanha variedade de sentidos que se torna impossível conduzir sua definição um só conceito.⁹³

É certo que a pretendida definição pode variar conforme o contexto em que é empregada. Uma definição simples e genérica do termo pode ser a que considera a cultura como o conjunto de ideias, valores e normas amplamente compartilhados por um grupo social.

Considerando que, o direito é um fenômeno social, influenciado pelo comportamento da sociedade que está em sua base, refletirá, evidentemente, os elementos formadores da cultura, quais sejam, as ideias, valores e normas do grupo social, no qual se desenvolve.

Os elementos que compõem a cultura de um povo estão em constante transformação, não são pré-definidos ou invariáveis. Tais elementos sofrem constante influência de outros fenômenos sociais, de acontecimentos econômicos, das descobertas científicas, por exemplo. Em síntese, a cultura de um povo altera-se no tempo.

É esta cultura em constante definição que molda e define as opções ideológicas de dada sociedade e variará de acordo com contexto social em que se inserir. O processo, enquanto instrumento, deve perseguir finalidades e objetivos que não são eleitos pela técnica

⁹² DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Coor.) *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 427-439.

⁹³ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009. p. 63-92.

processual. Tais opções encontram seus fundamentos no plano da política do Direito e da cultura social predominante no sistema jurídico em questão.

Pode-se dizer que, tais escolhas são essencialmente ideológicas, logo influenciadas por valores que se consideram dominantes e dignos de serem realizados em um contexto sócio-político, antes que jurídico.

Isto explica a existência de diferentes modelos processuais, quer dizer diferentes modos de conceber e configurar os instrumentos processuais, como também explica que cada um destes modelos é coerente com uma ideologia de justiça civil e se localiza em um contexto diferente política e culturalmente, bem como no plano econômico e ético.

O processo não se esgota na cultura técnica, esta fabrica o instrumento processual enquanto a ideologia determina os objetivos que o processo deve alcançar. Logo, a análise de um ordenamento deve passar por sua dimensão cultural, para que assim possam ser explicados alguns aspectos processuais.

A escolha de determinadas opções ideológicas, relativas às finalidades e objetivos que se atribuem ao processo civil, passou ao longo dos tempos por modificações intimamente ligadas ao contexto histórico da época.⁹⁴

A despeito das lições de Michelle Taruffo, Alfredo Buzaid ao apresentar os motivos do Código de Processo Civil de 1973, afirmava que a elaboração de um Código de Processo encerra empresa eminentemente técnica. Em outro momento de suas explanações sobre o Processo afirmou que o “processo civil é uma instituição técnica”⁹⁵. Com tais expressões, Alfredo Buzaid demonstrava o senso comum da época. Em verdade, destacava-se o processualismo científico, pautado na ideia central de que o processo é um fenômeno técnico, independente de fatores culturais.

De sua parte, Daniel Mitidiero assevera não lhe parecer correta tal compreensão sobre o tema. Para o autor, inequivocamente o direito processual civil contém uma estruturação técnica que não elide o caráter cultural do próprio formalismo do processo. Assim como o direito em geral, o processo civil compete à autonomia humana, sendo fruto da percepção de mundo que o cidadão detém.

O autor afirma que não deve ser, a humanidade, excluída das características do direito e para justificar seu ponto de vista, faz uma digressão histórica sobre a relação entre processo e cultura.

⁹⁴ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009. p. 63-92.

⁹⁵ BUZOID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*: notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Luiz Yarshell. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

A partir do século XVII fixou-se o paradigma científico da modernidade, o que contrapôs as ciências naturais às ciências culturais. Disto decorreu a feição cada vez mais técnica do direito processual, afeiçoando-se às ciências matemáticas, orientando-se assim, o direito, a um discurso natural e técnico. Consequentemente o direito foi visualizado como um conjunto de normas abstratas e formais deduzidas conceitualmente e expurgadas do âmbito cultural.

Para o autor, o fenômeno jurídico foi congelado no tempo e desligado da realidade social. Ocorreu um alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito. Por estas razões Daniel Mitidiero não excepciona das características do direito a humanidade, como outra face deste relacionamento do direito com a cultura, que atualmente deve estreitar-se.

Entretanto, ensina que para delinear a relação entre cultura e direito é preciso analisar o conceito de cultura sob dois enfoques: o primeiro associado à antiguidade grega, na qual a cultura era a própria educação do indivíduo dentro da sociedade, possuindo, portanto um viés individual; sob o segundo enfoque, cultura está associada à coletividade, exprimindo uma ideia transindividual de seu sentido, identificando-a com determinados estágios de evolução da sociedade.

A dupla acepção do termo “cultura” explica o direito como produto cultural, como algo inerente aos domínios da cultura. Com suas características de humanidade e socialidade, pode ser considerado um autêntico produto cultural, entendida a cultura como a espiritualidade inerente à realidade humana socialmente considerada.⁹⁶

⁹⁶ *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147f. Tese. Faculdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>. Acesso em 30 mai. 2013.

2 O MÉTODO ESTATAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JURISDIÇÃO.

2.1 Breve esboço histórico e generalidades

Cientes da situação caótica em que viviam e dos riscos impostos à sobrevivência humana pelo estado de natureza, os homens se mobilizaram para pôr fim a esta situação através de um acordo vontades – o contrato social – instituindo o Estado. Sobre este pairavam as expectativas de promover a paz social e ofertar segurança aos indivíduos. Assim, assevera José Luis Bolzan de Moraes:

Como reação a este quadro, nasce a jurisdição, vista como uma das funções do Estado. É através dela que o mesmo entra como um terceiro substituto das partes titulares dos interesses envolvidos, solucionando o conflito em concreto.⁹⁷

Por meio de um acordo hipotético, racionalmente firmado, os homens constituíram o Estado Civil, pondo fim ao estado de natureza, de forma a mantê-los dentro dos limites necessários para a concretização da paz e da segurança, fins para os quais o Estado foi criado.

Dotado de poder político, o Estado, deve coordenar e impor regras e limites à sociedade civil condizentes com os fins globais a que se propôs realizar. A sociedade civil é constituída por uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e de indivíduos dotados de poder social. Tal poder é inerente ao grupo, definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”.⁹⁸

Nota-se que o poder político é superior aos demais poderes sociais, os quais reconhece, rege, domina, com o objetivo de ordenar as relações entre grupos e entre indivíduos e entre estes e reciprocamente, de modo a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vida em comum. José Afonso da Silva afirma, ainda:

Disso decorrem três características fundamentais do poder político: *unidade, indivisibilidade e indelegabilidade*, de onde parece impróprio falar-se em *divisão* ou *delegação de poderes*.⁹⁹

⁹⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.73.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed., ver, e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

⁹⁹ *Ibid*, Loc. cit.

Mister não confundir o que o autor entende por *divisão de funções* com *divisão* ou *separação de poderes*. Inicialmente José Afonso da Silva esclarece que o Estado manifesta-se através de seus órgãos, que podem ser supremos ou dependentes. Àqueles órgãos incumbe o exercício do poder político e formam o governo, sendo regidos pelo Direito Constitucional; estes estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública, regidos pelo Direito Administrativo.

Esclareça-se que as funções do Estado são, fundamentalmente, três: legislativa, executiva e jurisdicional. Logo a divisão de funções constitui uma “especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem”¹⁰⁰. Nota-se que sempre existirá divisão de funções, existam ou não órgãos especializados, nesta última hipótese ocorrerá a concentração de funções em um único órgão.

Tendo afirmado que o Poder Político é caracterizado pela unidade, José Afonso explica que a expressão *divisão de poderes* “consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções”¹⁰¹. Trata-se de uma organização jurídica das manifestações do poder, vez que a divisão de poderes, ou seja a, atribuição de funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, fundamenta-se, pois, em dois elementos que devem ser verificados cumulativamente, quais sejam especialização funcional e independência orgânica.

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao executivo, a função executiva; ao judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.¹⁰²

A divisão ou separação dos poderes tornou-se um dogma constitucional após a Revolução Francesa, constando na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789 e constitui técnica de extrema relevância para as garantias dos Direitos do Homem até os tempos atuais.

Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros, especialmente, Humberto Dalla, repisam a lição de José Afonso da Silva: “segundo a doutrina mais moderna, a tradicional expressão

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed., ver, e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

¹⁰¹ Ibid, Loc. cit.

¹⁰² Ibid, Loc. cit.

‘separação de poderes’ deve ser concebida no sentido de divisão funcional de poderes, compreendendo, por conseguinte as funções legislativa, administrativa e jurisdicional”¹⁰³.

Certamente, a atribuição das funções do poder político a órgãos distintos, com especialização funcional e independência orgânica que atuam em completa harmonia e equilíbrio, contribuiu para que o Estado fosse capaz de sustentar-se e atingir suas finalidades, não se olvidando que o mesmo foi criado para garantir a paz e ofertar segurança. Por meio de seus três poderes, o Estado foi capaz de elaborar leis que vão ao encontro dos reclamos sociais e fixam normas de convivência (Poder Legislativo); executar tais leis e cumprir os preceitos legais (Poder Executivo); e, julgar as transgressões às regras de convivência e solucionar os conflitos daí decorrentes.¹⁰⁴

2.2 O monopólio estatal sobre a violência legítima

O Estado chamou para si a responsabilidade de solucionar conflitos entre os indivíduos e para tanto se utiliza dos mecanismos hábeis à composição dos litígios. Assim, a solução estatal de conflitos depende de sua intervenção no desfecho das relações humanas, por meio “da decisão judicial, dotada de coerção típica da atuação soberana do Estado” que está a cargo do Poder Judiciário.

A justiça privada, cujo vencedor era o mais forte, era regida pela Lei de Talião, que foi vedada. Gradativamente, o Estado foi concretizando e fortalecendo o monopólio sobre a solução de conflitos. Munindo-se do poder de coerção, passou a ditar impositivamente o direito para o caso com o intuito de assegurar a convivência social através da neutralização do conflito pela aplicação forçada do Direito Positivo.¹⁰⁵

Concretizado o sistema de normas e sanções capaz de regular a convivência social e identificar os comportamentos ideais para o alcance de tal objetivo, mister analisar a autoridade necessária de que deve se munir o Estado para impor-se. Pouco adiantará possuir poder sem possuir autoridade.

Neste passo, Max Weber estudou os conflitos e suas relações de poder, dividindo-o em poder legítimo e ilegítimo. Não é o objetivo do presente estudo o aprofundamento do tema, no

¹⁰³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3. ed. Ampl. Ver. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 61.

¹⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.71.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.73 *et seq.*

entanto, é importante evidenciar suas peculiaridades. Assim, o poder legítimo distingue-se do poder ilegítimo pelo exercício de autoridade por aquele que o detém.

O poder remete à autoridade e esta à obediência. Desta forma, certas pessoas tem o “direito” de serem obedecidas, considerando que exercem o poder legítimo. A obediência daqueles que se submetem ao poder decorre da autoridade que uma pessoa, uma instituição ou mesmo de uma mensagem possuem, capaz de conduzir o destinatário do exercício do poder à obediência, ao acolhimento de uma opinião, sugestão ou ordem, com total respeito, sem resistência ou hostilidade.¹⁰⁶

Denota-se que a autoridade pode emanar de vários centros de poder, daí ter Max Weber identificado três tipos distintos de autoridade, também chamada legitimidade: *a)* carismática; *b)* tradicional; *c)* legal/racional:

a) carismática, que tem por base a qualidade pessoal do líder, de modo que os governados se submetem à extraordinária capacidade de uma pessoa cuja autoridade se legitima pela crença em seus poderes mágicos, em suas revelações, sendo cultuada como um herói; b) tradicional, cuja base de aceitação está enraizada no passado, como é, por exemplo, a autoridade de um rei ou do chefe de uma tribo que se faz respeitar muitas vezes pelo costume. Também serve de exemplo de autoridade tradicional as relações patriarcais nas quais o pai ou o marido se faz respeitar muito mais pelo hábito do que por suas próprias qualidades pessoais; c) por fim, a legitimidade legal/racional é aquela na qual o respeito se funda sobre regras formais.¹⁰⁷

Grande importância para os estudos apresenta a autoridade legal/racional, uma vez que a organização do Estado e convivência social são regulamentados por regras codificadas, demonstrando que a sociedade aceita a lei estatutária como fonte última de autoridade. A autoridade possui duas facetas, que devem ser observada do ponto de vista do daquele que detém o poder e daquele a quem a ordem ou mensagem é direcionada. Haverá legitimidade quando o poder for exercido sem arbitrariedades, dentro dos parâmetros legais e seja reconhecido e aceito pelo destinatário, Weber denomina este processo de racionalização da sociedade moderna.

A respeito do processo de racionalização, Hermano Roberto Thiry-Cherques, ensina o seguinte:

Quando Weber se refere à racionalização no mundo contemporâneo ele tem em mente a importância crescente das instituições formais e substantivamente racionais. A racionalização da ação “é a substituição da submissão íntima dos costumes pela

¹⁰⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007, p. 279-280.

¹⁰⁷ *Ibid*, loc cit.

adaptação planejada a uma situação objetiva de interesses... seja racionalizando valores, seja racionalizando os fins ...”.

[...]

O termo racionalização em Weber está referido a ações sociais racionalmente orientadas. É o processo de introdução de racionalidades, ou do que, em diferentes épocas e lugares, julgamos ser racional. Corresponde às racionalidades prática, formal, teórica e substantiva.

[...]

A racionalidade formal concerne às estruturas de dominação (legais, econômicas, científicas e a forma burocrática). Deriva da racionalização instrumental com referência a regras, leis, regulamentos. É referida às normas abstratas, sem conexão com pessoas, a regras universalistas, no sentido em que não considera os interesses e qualidades individuais. O caso típico da racionalização formal é o da observância disciplinada às convenções implicada a dominação burocrática para as organizações e nas “leis de mercado” para a economia.¹⁰⁸

Segundo Fabiana Spengler, “nesse contexto, a definição weberiana da conexão social não é mais dada pela relação indivíduo-sociedade, mas pela relação entre racionalidade e forma de ação”¹⁰⁹. Weber define o Estado como uma organização que reivindica o monopólio sobre o uso legítimo da força dentro de um determinado território. Através da força, o Estado pretende manter a coesão social. Enquanto detentor de poder/autoridade/legitimidade política, fundado em regras formais/racionais, o Estado monopoliza não só a força, mas principalmente a força legítima.

Dentro de um Estado pode existir violência criminal, mas isso não é um problema, porque tal violência é ilegítima e poderá/deverá ser massacrada pela força legítima estatal. Nesses termos, a legitimidade é causada por condições sociais e existe ou não de acordo com as transformações desenvolvidas no decorrer da história.

2.3 Jurisdição: aspectos gerais

2.3.1 A função jurisdicional

O estudo específico da função jurisdicional exige o conhecimento das demais funções estatais. É imprescindível proceder ao exame minucioso das diferenças existentes entre cada função. Neste sentido, muito contribui o quadro comparativo elaborado pelo Professor Humberto Dalla, aqui reproduzido de modo distinto, porém com as informações necessárias.

¹⁰⁸ THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Max Weber: o processo de racionalização e o desencantamento do trabalho nas organizações contemporâneas. *Revista de Administração Pública*: Rio de Janeiro, 43(4):897-918, jul./ago, 2009, p.903 - 904. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n4/v43n4a07.pdf>> Acesso em: 07 mai. 2013.

¹⁰⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007, p. 281.

A função jurisdicional é caracterizada por: *a)* ser função de atuação do direito objetivo na composição de conflitos de interesses, tornando-os juridicamente irrelevantes; *b)* emanar, em regra, do Poder Judiciário; *c)* revestir-se de particularização; *d)* ser atividade exercida mediante provocação; *e)* ser imparcial; *f)* ser imutável, o ato jurisdicional, com o advento da coisa julgada.

A função legislativa é caracterizada por: *a)* leis, normas abstratas com comando genérico; *b)* emanar, em regra, do Poder Legislativo; *c)* revestir-se de generalização; *d)* ser atividade exercida sem provocação; *e)* ser imparcial; *f)* ser, o ato legislativo, passível de revogação, mediante a realização de outro ato incompatível com o primeiro, ou de ser considerado nulo, mediante controle de constitucionalidade.

Por fim, a função administrativa caracteriza-se por *a)* promover o bem comum, em conformidade à lei, executando os comandos estatais; *b)* emanar, em regra, do Poder Executivo; *c)* revestir-se de auto-executoriedade; *d)* ser atividade exercida sem provocação; *e)* ser parcial; *f)* ser passível de revogação ou anulação.¹¹⁰

Exercida com exclusividade, pelo Poder Judiciário, a Jurisdição objetiva, essencialmente, dirimir conflitos. José Afonso da Silva conceitua constitucionalmente a Jurisdição como a função dos órgãos do Poder Judiciário de compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é que o que se chama de função jurisdicional, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos. E continua:

Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamentos em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles.¹¹¹

2.3.2 Características da Jurisdição

A função jurisdicional tem como características essenciais à inércia, substitutividade e definitividade.

¹¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3. ed., Ampl. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 62.

¹¹¹ *Ibid*, p. 554.

A primeira característica da Jurisdição a ser analisada é A inércia, também conhecida como Princípio da Inércia ou da Demanda que se caracteriza pela vedação à prática de atos de ofício pelo juiz, sem provocação, em regra. O artigo 2º do CPC determina que: “nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”. Alexandre Freitas Câmara assim explica: “tal princípio proíbe, portanto, os juízes de exercerem a função jurisdicional sem que haja a manifestação de uma pretensão por parte do titular de um interesse”¹¹².

A segunda característica é a substitutividade, corolário lógico da superação da autotutela, haja vista que a evolução da consciência jurídica conduziu à constatação de que deveria ser afastada da solução estatal dos conflitos os ideais da justiça privada, permeados pela vingança remanescente da “justiça pelas próprias mãos”.

Assim, a autotutela foi afastada e o Estado responsabilizou-se pela prestação da Jurisdição para *a justa composição da lide*¹¹³, “substituindo a vontade das partes e realizando em concreto a vontade do direito objetivo”¹¹⁴. Ao agir assim, o Estado substitui a atividade das partes, impedindo a justiça privada.

A última característica de Jurisdição a ser estudada é a definitividade que se traduz na indiscutibilidade ou imutabilidade da decisão jurisdicional, o que põe fim à controvérsia, impedindo que no futuro esta seja novamente submetida à tutela jurisdicional. Esta característica será adquirida após o exaurimento dos prazos para interposição de recursos disponíveis no âmbito do Direito Processual. Tal condição é necessária para garantir a segurança das relações jurídicas e dar tranquilidade às partes acerca do resultado final daquela disputa. Em relação a esta característica da Jurisdição, Humberto Dalla, faz a seguinte ressalva:

Devemos observar, entretanto, que para parte majoritária da doutrina, a atividade jurisdicional não pode se pautar em caráter de definitividade indistintamente, pois nem sempre a atividade jurisdicional fará coisa julgada. Isto é o que ocorre no processo cautelar e nas demandas de jurisdição voluntária, cujas decisões são consideradas atividade jurisdicional, mas, em regra, não fazem coisa julgada.¹¹⁵

2.3.3 Princípios que regem a função jurisdicional

¹¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, V. I. p. 70.

¹¹³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I. p.72.

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op Cit*. p. 71.

¹¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed., Amp. Ver. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

São Princípios norteadores da Jurisdição, conforme ensina o Professor Greco os seguintes: da Investidura, da Indelegabilidade, da Aderência da Jurisdição ao Território, da Inércia da Jurisdição, da Indeclinabilidade e da Unidade da Jurisdição, a seguir examinados.

Princípio da Investidura é “o princípio segundo o qual a Jurisdição só pode ser exercida por juízes regularmente investidos, providos em cargos de magistrados e que se encontrem no efetivo exercício desses cargos”.¹¹⁶ Assim somente tais juízes são portadores do poder jurisdicional, que mais adiante será analisado. Em regra, o ordenamento brasileiro adotou preponderantemente, nos moldes do artigo 93, I da CF/88, o sistema de juízes profissionais, decorrendo a investidura da aprovação em concurso público de provas e títulos. Excepcionalmente, os ministros dos tribunais superiores e os juízes temporários, tais como os juízes da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar são indicados, em geral, são investidos por outros meios que não o concurso, bom exemplo é o caso dos ministros dos Tribunais Superiores, que nos moldes do artigo X e 52, III, *a* da CF/88, são indicados pelo Presidente da República e tem seus nomes aprovados pelo Senado Federal.

O Princípio da Indelegabilidade “é o princípio segundo o qual cada órgão jurisdicional exerce a função jurisdicional nos limites da competência que a lei lhe conferiu”¹¹⁷. Nota-se que a indelegabilidade é a impossibilidade de qualquer órgão jurisdicional transferir esse poder, outorgado pela lei, para outro juiz ou para outro órgão jurisdicional. A função jurisdicional, portanto, não é delegável. Certo que nenhum princípio é absoluto, a indelegabilidade pode ser excepcionado pelas cartas rogatória, precatória e de ordem, conforme artigos 202 a 212 do CPC.

O Princípio da Aderência da Jurisdição ao Território decorre do entendimento de que todo órgão jurisdicional possui uma base geográfica dentro da qual a Jurisdição é exercida. Isto porque o poder jurisdicional decorre da soberania estatal e sendo o território o espaço físico da soberania, a Jurisdição só pode ser realizada dentro de um limite territorial. Entretanto é preciso ponderar que a aderência ao território não significa que todas as causas que surjam em uma área geográfica específica devam ser julgadas pelo juiz que ali atue.

Outro Princípio é o da Inércia da Jurisdição. “Segundo este princípio, a jurisdição é inerte, ou seja, os órgãos jurisdicionais devem estar sempre a disposição dos cidadãos; porém, somente atuam quando forem provocados por algum interessado”¹¹⁸. A inércia é prevista tanto no artigo 2º quanto no artigo 262, ambos do CPC, com vistas a promover o respeito a

¹¹⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I. p. 120.

¹¹⁷ *Ibid*, Loc. cit.

¹¹⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I. p. 126.

liberdade individual, sendo certo que o Estado não deve interferir nas relações jurídicas privadas, exceto quando qualquer um dos interessados assim o requerer. Conforme já afirmado, tal princípio encontra exceção no artigo 1.197 do CPC, que autoriza o juiz a instaurar, de ofício, procedimento para retirar tutor de menor. O professor Greco justifica esta exceção na soma dos seguintes fatores: incapacidade do menor de prover sua proteção por si mesmo; o dever do Estado de prover assistência à infância; a impossibilidade concreta de que outro sujeito público ou privado provoque o exercício da Jurisdição.

Por sua vez o Princípio da Indeclinabilidade impede que o juiz recuse-se ao exercício da Jurisdição quando solicitado. Nota-se que a Jurisdição é facultativa para o cidadão que, no exercício de sua liberdade individual, provocará quando quiser. Por sua vez a Jurisdição é obrigatória para o juiz, vez que provocado pelo interessado tem o dever legal de dar uma resposta à sua postulação. O magistrado, quando provocado, não pode omitir-se quanto ao exercício da Jurisdição, sob pena de responsabilidade civil quanto a sua omissão, nos termos do artigo 49, II da Lei Complementar n.º 35/79, e artigo 133, II do CPC.

O último Princípio a ser analisado é o da Unidade da Jurisdição que encerra dois sentidos: o sentido de que a Jurisdição é um poder único do Estado soberano e o sentido de que embora distribuída pelas regras de competência, cada juiz quando a exerce, o faz em nome do Estado. O fracionamento da Jurisdição em diversos ramos do Poder Judiciário, de acordo com os diversos critérios determinativos da competência, não implica dualidade de Jurisdição.

2.3.4 Poderes que regem a função jurisdicional

Para analisar os poderes inerentes à Jurisdição é preciso voltar a atenção ao Princípio da Investidura. “Somente juízes regularmente investidos nesses cargos e que se encontrem no seu efetivo exercício é que são portadores do poder jurisdicional”¹¹⁹, assinala Greco. O poder jurisdicional é o conjunto de poderes inerentes à Jurisdição e que somente podem ser utilizados pelos juízes regularmente investidos no cargo.

É sabido que entre os cidadãos e o Estado, escolhido para por fim ao estado de natureza e superar o caos social, há uma relação de autoridade, que a exemplo da

¹¹⁹ Ibid, p. 119.

substitutividade demonstra a submissão existente entre os cidadãos e o Estado, permitindo a este impor sua vontade coercitivamente àqueles.

Durante o exercício do poder jurisdicional, o juiz constitucionalmente investido e apto à substituir a vontade dos particulares em conflito, detém alguns poderes capazes de sujeitar os cidadãos à sua decisão, são eles: poder de decisão, poder de coerção, poder de documentação, poder de conciliação e poder de impulso.

Em síntese, poder de decisão do juiz é o poder de resolver as questões que lhe forem submetidas ou que se apresentarem necessárias. Assim, tal poder nada mais é que o poder de proferir sentenças e decisões interlocutórias. Por certo que o exercício do poder de decisão decorre da soberania estatal, sendo a manifestação da vontade do Estado.

Por certo o poder de decisão é implementado pelo poder de coerção, qual seja o poder do juiz de impor aos sujeitos processuais e terceiros a obediência às suas decisões, determinações e ordens, sendo possível, quando necessário, o uso de força física ou policial.

Diante da inércia da Jurisdição, o cidadão tem o direito de provocar sua manifestação sobre determinada pretensão, por meio do exercício do direito de ação. Uma vez provocada, a Jurisdição será exercida através de um instrumento: o processo.

Daí decorre o poder de documentação, capaz de registrar, permanentemente e de forma inalterável, o conteúdo de determinados fatos ou atos, posto que todos os atos processuais devem ser documentados e registrados. É um poder que a lei confere ao juiz e aos seus auxiliares imediatos, como o escrivão e o oficial de justiça.

O poder de conciliação está previsto no artigo 125, IV do CPC, que determina que o juiz deverá, a qualquer tempo, promover a solução amigável do litígio. “A promoção da conciliação é uma atividade assistencial do juiz, de aconselhamento das partes, para tentar convencê-las a encerrar o litígio através de atos de disposição”.¹²⁰ Greco ainda complementa: “embora não seja um poder típico da função jurisdicional, o poder de conciliação é o instrumento ativo usado no Estado moderno para a busca da efetiva paz pública”¹²¹. O exercício deste poder impõe ao juiz a busca de uma aproximação entre as partes, demonstrando as vantagens do acordo, de forma a tender os interesses contrapostos de forma satisfatória.

Por fim, o poder de impulso, será exercido pelo magistrado através de atos de movimentação, atos ordinatórios ou de mero expediente. É característico do sistema brasileiro, que não deixa ao sabor das partes do impulso processual. Amparado no artigo 262 o CPC, tal

¹²⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. V. I. 2010 p. 115.

¹²¹ *Ibid.* Loc. Cit.

poder proporciona a movimentação do processo, por meio da prática de atos processuais, encaminhando-o para o fim.

2.4 A Jurisdição e o Estado Liberal

O Estado Liberal obteve o êxito de superar a aplicação das normas de direito natural, levando a efeito a observância da legalidade. O jusnaturalismo, superado por ser metafísico e anticientífico, cedeu espaço ao positivismo jurídico. Este, transpassado pelas ideias do iluminismo, inaugurou o movimento de codificação do direito que identifica o Estado Liberal, cujo marco inicial é o Código de Napoleão.

O Estado Liberal fundamentava-se na legalidade, para justificar a imposição da vontade genérica e abstrata da lei. O positivismo jurídico caracterizava-se, pela aproximação entre direito e norma; pela estabilidade do direito, uma ordem jurídica uma proveniente do Estado; pela inexistência de lacunas no ordenamento, devido à “suposta” completude do direito; pela preocupação com a correção formal da lei e não com sua substância; e com a restrição imposta aos juízes, vedando-lhes qualquer atividade interpretativa.¹²²

Segundo o princípio legalidade, meta-norma de reconhecimento e legitimidade das normas vigentes, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. A juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular.

O império da lei desenvolveu-se com o fim de manter e assegurar a ideologia do Estado Liberal. Entretanto, ganhou autonomia e distanciou-se de seu objetivo inicial, quer dizer, tornou-se uma ideologia utilizada para manter um sistema legal indiferente às desigualdades entre os indivíduos, ambicionando uma certeza jurídica emanada do legislador.

O fundamento da legalidade estava na certeza do direito. Pretendia que a lei pudesse ser capaz de albergar quaisquer situações concretas futuras, eliminando a necessidade de o juiz, ao aplicá-la, considerar aspectos individuais e peculiares de determinada situação. Neste período, ao juiz apenas era possível, apenas, declarar a vontade da lei.

A aplicação do direito nesta fase dava-se por subsunção, por silogismo, como se o direito fosse matemático e a maior preocupação desta fase concentrava-se na correção formal

¹²² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 319.

da lei, sem maiores cuidados com sua substância, ou seja, sem qualquer preocupação com os direitos fundamentais, pressupondo uma igualdade formal entre os indivíduos.

O juiz estava limitado a declarar a vontade da lei, o que o impossibilitava de exercer juízos de valores, de interpretá-las. Isto demonstra que a Jurisdição voltava-se à afirmação do direito objetivo, do ordenamento jurídico, tão-somente. O objetivo da Jurisdição possuía conotação publicista, não um compromisso com a proteção dos particulares, ou seja, sem compromisso privatista.¹²³

Lodovico Mortara formulou as primeiras lições endereçadas a essa concepção de Jurisdição, afirmando pela primeira vez, a natureza pública do processo civil. Lodovico Mortara afirma que a Jurisdição tem o fim de defender o direito objetivo, estando claro que esse objetivo deve ser realizado mediante a declaração ou a atuação da lei.

Influenciado pelas ideias de Lodovico Mortara e pela esfera de legalidade do Estado Liberal, Chiovenda visualizava a Jurisdição como a função voltada à atuação da vontade concreta da lei, através da substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos.¹²⁴ Note-se que atividade intelectual do magistrado restringia-se a constatação da existência ou não de uma vontade concreta da lei.

Chiovenda conceituou Jurisdição 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”¹²⁵, pois era avesso às ideias que defendiam que juiz está autorizado a criar a norma individual ou a norma do caso concreto.

Isto porque Chiovenda era adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, atribuindo ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação, declaração.

Carnelutti, entretanto, compreendia que a atividade jurisdicional visava à composição do conflito de interesses submetidos a sua apreciação.¹²⁶ O conflito de interesses era o que o autor chamava de lide – marcada pela ideia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade – para definir a existência de Jurisdição.

¹²³FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001, p. 53.

¹²⁴MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. *Biblioteca Digital Jurídica*. Data de publicação: 21 mar. 2006. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%20c3%a7%20c3%a3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1> Acesso em: 15 mai. 2013.

¹²⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito procesual civil*. Ed. Port. Saraiva, V. II, 1943, p.137 *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

¹²⁶CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Ed. Esp. UTEHA, V. I, p. 16-17. *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

A lide a ser composta, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de Jurisdição. A *contrario sensu*, havendo lide a atividade do juiz será jurisdicional, mas não haverá Jurisdição se não existir um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.

A ideia de composição da lide compreendida por Carnelutti, parte do pressuposto de que a lei é insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, para fazer concreta a norma a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, estaria apta a compor a lide.

Carnelutti, ao compreender a Jurisdição como a “justa composição da lide”, e Chiovenda ao afirmar que Jurisdição é a “atuação da vontade concreta do direito”, estão ligados entre si. Para este, a função da Jurisdição é meramente declaratória, ou seja, o juiz declara ou atua a vontade da lei, aquele, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes, e assim expõe Marinoni:

Para Carnelutti a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto que, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (esta fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico.¹²⁷

Observa-se que as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto encontraram seus fundamentos na mesma fonte. Tais conceituações são clássicas, porém passíveis de crítica se analisadas de forma desvinculada do contexto histórico em que foram elaboradas. É certo que o conceito que apresentaram para Jurisdição estava atrelado aos ideais do Estado Liberal.

2.5 A Jurisdição e o Estado Constitucional

A principal característica do positivismo jurídico e do Estado Liberal era a exacerbada preocupação com a correção formal da lei e não com sua substância, pressupondo a igualdade formal entre os cidadãos. Contudo, questionamentos da seguinte ordem: a lei poderia

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. *Biblioteca Digital Jurídica*. Data de publicação: 21 mar. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%20a7%20a3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1> Acesso em: 15 mai. 2013.

descuidar de sua substância e ser um veículo legitimador de arbitrariedades, como as que ocorreram na Itália e na Alemanha, durante a Segunda Guerra Mundial?

Iniciou-se, assim, uma revolução intelectual. Emergiram da sociedade preocupações com os valores e conteúdos inseridos no corpo da lei. A sociedade passou a atentar-se às construções legais, cujo sentido, alcance e fundamentos tiveram que ser revistos, ampliados e pautados nos valores do bem comum.

No que se convencionou chamar de pós-positivismo, os princípios receberam força normativa e estabeleceram relações com normas e regras. A razão prática e a argumentação jurídica são reabilitadas, surge uma nova hermenêutica constitucional e desenvolve-se uma nova teoria dos princípios com fundamentos na dignidade da pessoa humana, reaproximando o direito e a filosofia à ética.¹²⁸

Tais transformações reduziram as limitações impostas à conduta do juiz, autorizado a interpretar o direito, a abandonar as fórmulas matemáticas e o silogismo para realizar juízos de valor entre normas conflitantes. Abriu-se espaço para a ponderação de valores, que os conduzia à melhor solução diante da dignidade da pessoa humana e do princípio da razoabilidade.

O desenvolvimento do pós-positivismo, termo que identifica o incremento do constitucionalismo democrático do pós-guerra iniciou um movimento pela atribuição de força normativa à Constituição, à expansão da Jurisdição constitucional e à busca de uma nova hermenêutica constitucional, sendo seu pano de fundo a aproximação entre direito e ética.

O pós-positivismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição para fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser vista como “conformação da lei”. No Estado Constitucional, ainda se permite falar de princípio da legalidade, porém exige-se que a ele se dê uma nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.¹²⁹

A lei deverá sempre ser submetida a uma análise crítica em face da Constituição e, reflexamente, subordinar-se aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. A Constituição e seus valores projetam-se na lei e conseqüentemente no exercício da Jurisdição.

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

¹²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 266.

As características fundamentais do pós-positivismo que se refletem na atividade jurisdicional contemporânea, são as seguintes: *i*) reconhecimento da força normativa da Constituição; *ii*) expansão da Jurisdição constitucional; *iii*) desenvolvimento da teoria dos princípios; *iv*) transformação da hermenêutica jurídica; e *v*) expansão e consagração dos direitos fundamentais, conforme a seguir demonstrar-se-á.

A (*i*) força normativa da Constituição reflete a ruptura com o Direito Constitucional clássico, em que suas normas eram programas futuros ou exigências morais, portanto meramente pragmáticas, relativamente às quais os poderes estatais não tinham qualquer compromisso com a efetiva concretização. Constituição era apenas uma carta política, sem qualquer caráter impositivo.¹³⁰

No Estado Constitucional, as normas constitucionais são dotadas de caráter jurídico imperativo, regulam jurídica e efetivamente as condutas, relações e expectativas de comportamento, ou seja, são dotadas de normatividade.

Esta força normativa significa, em síntese, o obrigatório comprometimento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com a realização das normas constitucionais, verdadeiras diretrizes e limitações dos poderes públicos.¹³¹ Consequentemente, os atos contrários a tais normas são inconstitucionais, autorizando o acionamento de mecanismos de coação e cumprimento forçado.¹³²

A (*ii*) expansão da Jurisdição Constitucional iniciou-se com a elaboração das constituições da segunda metade do século XX que se influenciaram pelo modelo americano que prestigia a supremacia constitucional e por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais os coloca a salvo das ingerências e arbitrariedades do poder Legislativo.

A vinculação dos Poderes pela força normativa da Constituição renega a supremacia do Legislativo e a elaboração de uma lei genérica como manifestação da vontade geral. Foi-se de um polo ao outro, os holofotes pairam sobre o Poder Judiciário, pois que as violações aos direitos previstos na Constituição passaram a ser submetidas a este Poder.

¹³⁰ Idem. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, mar. abr. mai., 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20 abr. 2011.

¹³¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, página 239.

¹³² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, mar. abr. mai., 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20 abr. 2011.

O controle de constitucionalidade permitiu que o Judiciário se identificasse como o guardião dos direitos fundamentais, induzindo a criação de tribunais constitucionais em muitos países.¹³³

O Poder Judiciário deixou de ser a “boca da lei” para interpretar a lei, sua importância, para o Estado contemporâneo, foi ampliada. A submissão de questões que envolviam normas constitucionais ao Poder Judiciário deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica.¹³⁴

Ao Judiciário, foi conferida a prerrogativa de analisar a conformidade dos atos dos demais Poderes em relação à Constituição, bem como de impor a realização dos direitos fundamentais que receberam da Constituição de 1988 eficácia imediata, mas que na prática são desprezados por quem lhes compete efetivar.

Considerando que durante o positivismo, a legitimidade do Direito estava nas suas formas, esta nova fase atribui importância ao conteúdo da lei. A aproximação entre Direito e ética materializa-se em (iii) princípios, abrigados na Constituição, que lhes atribui força normativa. A função dos princípios ultrapassa sua clássica característica de técnica de integração do direito nas hipóteses de lacuna legal para regular situações jurídicas.

No âmbito pós-positivista, os princípios proporcionam o acesso de valores éticos ao ordenamento jurídico.¹³⁵ Os direitos fundamentais, concebidos como princípios, correspondem às exigências morais¹³⁶ contidas em seus núcleos. Assim, a preocupação com o conteúdo da lei, corresponde à preocupação com a observância dos princípios e direitos fundamentais, logo com os valores éticos e morais que lhes corresponde.

A (iv) superação do positivismo levou simultaneamente à superação do modo de aplicação do Direito, do silogismo matemático passa-se à técnica da ponderação de valores. A ampla abertura e indeterminação semântica, que retira do legislador o poder soberano de criar o Direito, explica a importância da expansão da Jurisdição Constitucional e a construção de novos métodos aptos a solucionar os “casos difíceis”, ou seja, os conflitos entre princípios.¹³⁷

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, mar. abr. mai., 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20 abr. 2011.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, p. 326 e 327.

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 133/134

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

Neste ponto, a hermenêutica jurídica foi revitalizada pela distinção qualitativa entre princípios e regras, estando superado o positivismo legalista, já que o ordenamento passou a estar permeado por valores suprapositivos, cujo papel central é exercido pela ideia de justiça.¹³⁸

Os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas (da hierarquia, cronológico e da especialização), bem como a subsunção, não se prestam à solução de conflitos entre princípios, os conhecidos casos difíceis. Estes, devido à lógica dialética do sistema, não podem ter sua validade ou invalidade no caso concreto sujeita à “regra do tudo ou nada”.

Nestes casos, a ponderação de bens, normas e valores é a técnica por meio da qual se farão concessões, na tentativa de preservar o melhor de cada interesse em conflito, identificando o interesse que prevalecerá para realizar a vontade constitucional, buscando fundamentos no princípio da razoabilidade.

A teoria da argumentação, que nada mais é do que a razão prática, o controle da racionalidade das decisões, principalmente as proferidas em ponderação, despontou como corolário lógico da ponderação. Exige-se que o intérprete sempre conduza sua atividade por um fundamento legal ou constitucional, vinculando-a a uma deliberação majoritária, bem como deverá o intérprete utilizar fundamentos que não sejam casuísticos, com pretensão de universalidade, considerando as consequências práticas de sua decisão.

A argumentação é a justificação racional e moral da decisão construída para problemas, cuja solução não se encontra no relato da norma e sim na análise do caso concreto.

A (v) evolução e a expansão dos direitos fundamentais, que surgiram da ideia de democracia, na qual o direito das majorias deve resguardar o direito das minorias, é uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo.¹³⁹

Objetivando retirar a discricionariedade da política ordinária para vincular o grupo político que detém o poder para garantir a realização dos direitos de todos, as constituições modernas trazem valores e opções políticas fundamentais para que seja formado um consenso comum mínimo a ser observado pelas majorias.

Os direitos fundamentais formam o consenso mínimo que deve ser oposto a qualquer grupo político que ocupe o poder, porque trazem os valores essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, prevendo os fundamentos dos procedimentos de deliberação democrática.

¹³⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, p.328.

¹³⁹ Idem, p.321.

É possível dizer que passamos ao “Estado de Direito Fundamentais”, nas palavras de Eduardo Cambi, no qual os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, definindo a cultura jurídica e política, além de limitarem o poder do Estado.¹⁴⁰

¹⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2009, p. 22 *et seq.*

3 OS EFEITOS DO CONSTITUCIONALISMO SOBRE O PROCESSO

As novas feições assumidas pelo constitucionalismo e o progressivo aumento de sua centralidade e importância foram, definitivamente, causadores da vinculação do legislador ordinário e do aplicador do Direito às previsões Constitucionais.

Isto ocorre, principalmente, quando o modelo de Constituição adotado é o analítico que concede ao legislador menor margem de atuação, por trazer em seu texto normas formais e materialmente constitucionais. Uma Constituição analítica hospeda inúmeros princípios vagos, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favorecendo a constitucionalização do direito.¹⁴¹

A partir da condução da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, devido à atribuição de força normativa às suas normas, teve lugar a constitucionalização do Direito. Tal fenômeno implica a adoção de temas, anteriormente, ignorados no texto constitucional e importa uma revisitação da ordem jurídica, sob uma ótica que considere os valores constitucionais.

A supremacia da Constituição impõe que os direitos fundamentais¹⁴² contidos em seu texto passem a condicionar o exercício da hermenêutica e da produção da norma infraconstitucional. Tais direitos fundamentais possuem eficácia irradiante e não podem ser derogados pelo legislador infraconstitucional, ao contrário, devem por este ser observados.

Os valores constitucionais, tais como liberdade, igualdade e dignidade, suporte dos direitos fundamentais, em dimensão objetiva, espalham-se por todo o ordenamento jurídico, penetrando em seu sistema, condicionando-o, instrumentalizados pela eficácia irradiante.

Os diversos ramos do Direito tendem a empregar normas e valores constitucionais às peculiaridades de sua atuação. Aplica-se diretamente a cada uma das áreas do direito, tais como Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual, as normas constitucionais de acordo com a afinidade apresentadas com o ramo sobre o qual incidirão. Reafirme-se que também os

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

¹⁴² GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100. “revela-se extremamente oportuno procurar substituir estas expressões terminológicas [garantias ou princípios] pela de ‘direitos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.”

direitos fundamentais e os princípios gerais do constitucionalismo projetam-se sobre os diversos campos do direito.¹⁴³

Poder-se-ia comparar a incidência das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais com a cheia de rio, que ao passar cobre tudo o que existe, transformando o local a ser recuperado, e que mesmo depois de recuperado apresenta sinais do rio que passou.

A consequência lógica desta constitucionalização do direito infraconstitucional, em seus diversos ramos, é a superação de antigos dogmas enraizados na consciência da comunidade, seja jurídica ou não, e a definição de novos paradigmas.

Quanto ao Direito Processual Civil, nota-se uma empenhada busca de adequação aos ditames constitucionais, por meio do que os processualistas têm chamado de neoprocessualismo, formalismo-valorativo ou neopositivismo, por alguns deles compreendido como a quarta fase da evolução científica do Direito Processual Civil. Na verdade, o que importa é a aplicação do Direito Processual à luz da Constituição.¹⁴⁴

Nesta fase, a filtragem constitucional deve receber a devida importância que a irradiação dos direitos fundamentais lhe outorga: a de exercer a interpretação conforme a constituição e a constitucionalização do direito infraconstitucional. Espera-se que também ocorra uma “constitucionalização do intérprete” que, ao aplicar a norma deverá sempre buscar o significado que mais atenda ao desejo da Constituição.¹⁴⁵

3.1 O processo diante da nova ordem constitucional: mecanismo de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais

Segundo Daniel Mitidiero, em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes linhas atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. A seu ver, a existência dessas diferentes formas

¹⁴³SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR. Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

¹⁴⁵ MARIQUITO, Carla da Silva. O processo civil sob a influência dos valores constitucionais. *Revista Eletrônica de Direito Processual* Rio de Janeiro, ano 6, v. 9, p. 29-59, jan. – jun., 2012. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 10 ago. 2013.

de pensar o processo civil indica o alto grau de comprometimento existente entre cultura e processo, autorizando a defesa deste como um fenômeno eminentemente cultural.¹⁴⁶

Para o autor, o praxismo corresponderia à pré-história do direito processual civil, que nesta etapa aludia ao processo como *procedura* e não ainda como *diritto processual civile*. Não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material, ou seja, direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo.

Passando à análise do processualismo, Daniel Mitidiero ensina que esta fase nasceu com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual. A tarefa da doutrina cingia-se à racional construção do arcabouço dos conceitos do direito processual civil.

Aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas ideias inerentes ao clima científico da modernidade. Não pode surpreender que já se tenha identificado na produção intelectual de Chiovenda um conceitualismo exacerbado, já que o *doutrinarismo* dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil (o que se deu, vale frisar, por absoluta necessidade, porque se tratava de fundar uma nova ciência, surgindo então a necessidade de se forjarem todos os instrumentos conceituais necessários a tal intento).

Na terceira fase, a perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para a educação da sociedade; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar o direito.

Daniel Mitidiero notou que o direito processual passa por uma transição da fase instrumentalista para a fase do formalismo-valorativo, explica-se:

Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-

¹⁴⁶ *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147f. Tese. Faculdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>. Acesso em 30 mai. 2013.

se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural.¹⁴⁷

O processo informa-se atualmente pelo formalismo-valorativo por encerrar um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

Na fase atual o processo deve servir de instrumento para a realização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucionais depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.

A Constituição Federal de 1988, ao prever direitos fundamentais de eficácia imediata, positivar princípios e dispor sobre a garantia da inafastabilidade da Jurisdição, elevou a tutela jurisdicional efetiva à categoria de direito fundamental minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito¹⁴⁸.

Em todos os países cujo Estado Democrático de Direito é fundado sobre o Princípio da Dignidade Humana, este conjunto de garantias processuais é conhecido como o devido processo legal, tratado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na Constituição Italiana.

A Constituição brasileira dispõe sobre o devido processo legal nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além dos princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda no princípio da isonomia, no princípio da fundamentação das decisões, dentre outros, expressamente reconhecidos na Carta Magna brasileira.

¹⁴⁷ *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147f. Tese. Faculdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178> . Acesso em 30 mai. 2013.

¹⁴⁸ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225 .

As garantias inerentes ao devido processo, contraditório, ampla defesa, dentre outras, ao serem transferidas para dentro da esfera da pós-modernidade constitucionalizada passa a caracterizar o que Greco denomina de “processo justo”.¹⁴⁹

Isto significa que, o processo, após o neoconstitucionalismo, passou a ser visto como um meio, um instrumento, para a realização de justiça, valor eminentemente social. A dimensão social do processo sobrepõe-se aos interesses individuais das partes em conflito, fazendo-o tutelar a ordem pública para a realização do bem comum com a observância de todas as garantias já analisadas, resultando em um processo justo.

O resultado mais positivo da constitucionalização do processo foi a transformação de seu foco: da prevalência dos interesses privados para a preponderância da ordem pública. O processo deve ser visto como instrumento democrático do poder jurisdicional.¹⁵⁰

Nesta perspectiva de superioridade do interesse público sobre o privado, o processo recebeu da Constituição a incumbência de ser uma ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e a pacificação social, para que deixasse de ser visto como uma técnica qualquer, dissociada de seu fim.

Não se trata de uma simples conformação das normas processuais às normas constitucionais, mas de concretamente empregá-las durante todo o exercício da Jurisdição, com reflexos na condução do processo e na decisão proferida.¹⁵¹

Segundo Humberto Ávila, “o processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade.”¹⁵²

A Constituição, ao positivizar princípios, não descreveu as condutas e os meios pelos quais seriam efetivados, porém, sua simples positivação impõe à coletividade o dever de realização.

Os princípios serão restringidos, ao invés de serem promovidos, quando as condutas para eles direcionadas forem inadequadas, desnecessárias, irrazoáveis ou desproporcionais. E neste ponto, o processo é o mecanismo visualizado pela Constituição para forçar a adoção de comportamentos que implementem e realizem os princípios constitucionais.

¹⁴⁹ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225.

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 140.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 353.

O processo não possui independência em relação aos direitos fundamentais que pretende realizar, possui caráter de instrumento para a realização de tais princípios, que também sobre ele incidem. Na medida em que protege e realiza os valores constitucionais, o processo será considerado justo ou não.¹⁵³

3.2 O processo justo e as garantias processuais

O artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CRFB dispõem sobre o devido processo legal, consagrando as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O professor Greco transporta, como já analisado, tais garantias para a pós-modernidade e os transforma em diretrizes gerais do direito fundamental ao processo justo.

Na obra “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, Greco individualiza cada garantia que compõe o direito fundamental a um processo justo e as agrupa entre *i*) garantias individuais e *ii*) garantias estruturais de um processo justo, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária, respectivamente.¹⁵⁴

São garantias individuais: acesso à justiça; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos do pobre; juiz natural; inércia; contraditório; oralidade; coisa julgada; direito a renúncia à tutela jurisdicional; e garantias estruturais: impessoalidade da Jurisdição; permanência da Jurisdição; independência de juízes; motivação das decisões; igualdade concreta; inexistência de obstáculos ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de Jurisdição; respeito à dignidade humana.¹⁵⁵

3.2.1. Garantias individuais

¹⁵³ MARIQUITO, Carla da Silva. O processo civil sob a influência dos valores constitucionais. *Revista Eletrônica de Direito Processual* Rio de Janeiro, ano 6, v. 9, p. 29-59, jan. – jun., 2012. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf. Acesso em 10 ago. 2013.

¹⁵⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lesione sul Processo Civile*. 2. ed., il Mulino, Bologna, 1998, cap. 3, Le garanzie costituzionali, p. 55/95.

¹⁵⁵ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225.

3.2.1.1 Acesso amplo a justiça

Representa o direito de todas as pessoas, naturais e jurídicas, de dirigir-se ao Judiciário e receber deste uma resposta sobre qualquer pretensão, seja de natureza individual ou coletiva, seja nas relações entre particulares ou entre estes e o Estado.

Greco assevera que o “acesso à justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa”, ou seja, de ser ouvido e influenciar a atividade jurisdicional. Este é o direito que cada cidadão tem, individualmente, de provocar o exercício da função jurisdicional sobre qualquer questão de direito material.

E alerta: “esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais”¹⁵⁶.

O acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido, aduz Diego Martinez Fervenza Cantoário.¹⁵⁷

3.2.1.2 Imparcialidade do juiz

Como consequência da garantia ao acesso à justiça, ao cidadão deve-se assegurar um julgamento por um juiz imparcial, quer dizer, um juiz equidistante das partes e dos interesses a ele submetidos, que examinará a postulação que lhe foi dirigida no intuito de proteger os interesses de quem tiver razão, segundo as normas que disciplinem a relação jurídica analisada.

Diego Martinez Fervenza Cantoário afirma:

Entende-se por juiz imparcial, o juiz equidistante das partes e dos interesses a eles submetidos. Esse magistrado vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão. A imparcialidade importa em determinar realisticamente o que vai comprometer o interesse do juiz, sendo ele desqualificado quando for parte litigante, tiver interesse financeiro ou

¹⁵⁶ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 229-230.

¹⁵⁷ CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. *A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil*. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28778337_A_paridade_de_armas_como_projeo_do_prncipio_da_igualdade_no_prcesso_civil> Acesso em 30/05/13.

qualquer outro no resultado final do processo. A observância da imparcialidade do magistrado poderá se dar através do respeito ao contraditório e da publicidade das decisões.¹⁵⁸

Montero Aroca ensina que a verdadeira imparcialidade “exige que o juiz não sirva à finalidade subjetiva de qualquer das partes, mas que o seu julgamento seja ditado exclusivamente pelo correto cumprimento da função de atuar o direito objetivo, sem que qualquer outra circunstância influa na sua decisão”¹⁵⁹.

3.2.1.3 Ampla defesa

Cumprido destacar que, ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, por isso é impossível delimitar aprioristicamente seu alcance. No entanto, pode-se dizer que a ampla defesa abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, bem como o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações.¹⁶⁰

Nelson Nery Junior, esclarece que “ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo”¹⁶¹.

3.2.1.4 Direitos do hipossuficiente

Aos pobres devem ser assegurados os direitos de agir e de defender-se perante qualquer Jurisdição em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos.

¹⁵⁸ CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. *A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil*. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28778337_A_paridade_de_armas_como_projeo_do_prncipio_da_igualdade_no_pr_ocesso_civil> Acesso em 30/05/13.

¹⁵⁹ AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.187.

¹⁶⁰ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 235.

¹⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev. , amp. e atual. . São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 248.

Greco defende que aos pobres deve ser assegurada a isenção de custas e o patrocínio gratuito por advogados que exerçam a defesa técnica em igualdade de condições; a implementação de um sistema de custeio da produção de provas de interesse do pobre, para evitar que, à sua falta, deixem as partes de ser tratadas com igualdade; gratuidade, com o objetivo de garantir ao pobre paridade de tratamento e igualdade de chances no acesso à tutela jurisdicional; inexigibilidade de cauções e depósitos, seja como contracautela, seja para o ingresso em juízo ou como condição do exercício de qualquer direito subjetivo processual.¹⁶²

3.2.1.5 Juiz natural

A garantia do juiz natural tem por objetivo essencial garantir a igualdade de acesso à justiça de todos os cidadãos e a igualdade de tratamento, nos termos do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, artigo 14, § 1º.

Essa igualdade impõe que, se no mesmo local existirem dois ou mais órgãos jurisdicionais concorrentemente competentes para as mesmas causas, a escolha deve dar-se por critério absolutamente objetivo e impessoal, geral, aplicável a qualquer outro caso idêntico. Não poderá, portanto, resultar do arbítrio de qualquer dos jurisdicionados, de qualquer dos juízes ou de outra autoridade judiciária, administrativa ou legislativa. Greco aduz:

O juiz natural é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere in abstracto o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz.¹⁶³

Isto porque todos têm direito ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei, anteriormente à ocorrência dos fatos originadores da demanda. Se esses fatos forem anteriores à instituição do juízo competente, é preciso que a sua ocorrência não tenha sido determinante na fixação da competência desse juízo, que teria sido a mesma, ainda que eles não tivessem ocorrido.

¹⁶² GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 235.

¹⁶³ *Ibid*, p 237.

Em síntese, tal princípio merece enfoque tridimensional, pois é preciso observar que não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; todos têm o direito de se submeter ao julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; o juiz competente tem de ser imparcial.¹⁶⁴

3.2.1.6 Inércia

A inércia da Jurisdição não significa, em absoluto, passividade do juiz na direção do processo e na busca da verdade. Em síntese, a Jurisdição somente interfere na vida privada e nas relações jurídicas das pessoas quando provocada por algum interessado. Disto decorrem as vedações relativas aos julgamentos *ultra* ou *extra petita*.¹⁶⁵

3.2.1.7 Contraditório

Um dos mais importantes princípios gerais do processo judicial é o princípio do contraditório, hoje elemento essencial do próprio direito de acesso à Justiça, tal como configurado nos mais diversos sistemas jurídicos.

Poderia ele ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.¹⁶⁶

A seguir, Greco define os pressupostos do contraditório como consequência do princípio político da participação:

O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da

¹⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., amp. e atual. . São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 130.

¹⁶⁵ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 240-1.

¹⁶⁶ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.¹⁶⁷

Diego Martinez Fervenza Cantoário ensina:

As partes devem ter as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas e recorrendo de decisões judiciais. Assim, deve o juiz valorar livremente a prova (art. 131, Código de Processo Civil), não preterindo prova testemunhal em face de documental, pois muitas vezes a parte mais fraca, por força dos óbices educacionais, não se preparou adequadamente para a defesa de seu direito em juízo.¹⁶⁸

O contraditório nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana.

3.2.1.8.Oralidade

Greco ensina que todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa. O direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo, compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa.¹⁶⁹

Mauro Cappelletti ensina que as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha do processo.¹⁷⁰

¹⁶⁷ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

¹⁶⁸ CANTOÁRIO, Diego Martinez Fervenza. *A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil*. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28778337_A_paridade_de_armas_como_projeo_do_princípio_da_igualdade_no_processo_civil> Acesso em 30/05/13.

¹⁶⁹ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 245.

Entretanto, a oralidade não caracteriza direito absoluto, admitindo renúncia.

Para Greco “oralidade, ao lado da publicidade, é uma das mais importantes garantias vinculadas ao contraditório participativo e uma dos meios mais eficazes de assegurar a instauração no processo de um efetivo diálogo entre o juiz e as partes”¹⁷¹.

Em seus estudos demonstra que ao passo em que se abandona a oralidade como, instrumento autoritário de aceleração do processo, ocorre o distanciamento do juiz em relação às partes e ao drama humano que as aflige, do diálogo participativo e da possibilidade de exercício do direito da parte à sua autodefesa.¹⁷²

3.2.1.9 Coisa julgada

A coisa julgada é garantia fundamental do processo porque assegura àquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito, usufruí-lo plenamente sem o risco de ser molestado pelo adversário. Se por um lado, a Jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, por outro, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da CRFB). Isto porque, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito, que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

Assim conclui Greco:

Na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário.¹⁷³

3.2.1.10 Renúncia à tutela jurisdicional

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade. *Revista Jurídica*, n. 297, p. 12-18, julho, 2002, p. 12-18.

¹⁷¹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, n. 164, p. 29-56, out, 2008, p. 47-8.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 245-7.

A renúncia ao acesso à Justiça é admitida no ordenamento jurídico brasileiro e poderá ocorrer através do compromisso arbitral ou através da desistência da ação, da renúncia ao direito de recorrer ou da desistência do recurso. Note-se que, a renúncia à tutela jurisdicional pressupõe que a manifestação de vontade seja absolutamente livre e que o renunciante esteja plenamente consciente das consequências e dos efeitos daí decorrentes.¹⁷⁴

3.2.2 Garantias estruturais

3.2.2.1 Impessoalidade da Jurisdição

O seguinte trecho é muito esclarecedor a respeito do objetivo da garantia da impessoalidade da Jurisdição:

A justiça não pode estar a serviço de uma classe, de um grupo, de um segmento ou de uma corrente de opinião existente dentro da sociedade, ainda que majoritária, mas a serviço da liberdade e da dignidade humana.¹⁷⁵

Tal garantia apresenta dois pressupostos, quais sejam, a idoneidade do magistrado e sua preparação técnico-profissional. O primeiro diz respeito à firmeza de caráter daquele que exercerá a atividade jurisdicional e este assegura a objetividade do julgamento.

3.2.2.2 Permanência da Jurisdição

Determina que a Jurisdição seja exercida por órgãos instituídos em caráter permanente e compostos por magistrados vitalícios ou temporários investidos na forma da lei, proibida a

¹⁷⁴ Ibid, p. 249.

¹⁷⁵ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 249.

instituição de juízos ou tribunais de exceção, que subordinem pessoas, fatos ou causas a julgamentos influenciados por interesses ocasionais de pessoas ou de grupos.¹⁷⁶

3.2.2.3 Independência dos juízes

No exercício da Jurisdição, os juízes devem gozar, individualmente, de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade e imparcialidade.

Essa independência determina que o juiz possa examinar as pretensões que lhe são submetidas exclusivamente sob o aspecto da sua conformidade ou não com o ordenamento jurídico, não podendo a isso sobrepor-se qualquer espécie de invocação do interesse público, por mais relevante que seja.¹⁷⁷

3.2.2.4 Motivação das decisões

É certo que, todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificção suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. Na opinião de Greco a motivação deve atender a dupla exigência a seguir:

De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório

¹⁷⁶ Ibid, p. 250.

¹⁷⁷ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 251.

participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão.¹⁷⁸

A fundamentação do julgamento das questões de fato deve permitir que as partes e o público entendam de que modo foram avaliadas as provas produzidas e porque a umas foi dado mais valor do que a outras.

3.2.2.5 Igualdade concreta

Determina que as partes sejam tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. A igualdade concreta ou paridade de armas exige que as partes sempre possam discutir todas as manifestações de outros sujeitos produzidas no processo.¹⁷⁹

3.2.2.6 Inexistência de obstáculos ilegítimos

Greco assevera que o acesso à Justiça não pode ser dificultado por obstáculos impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da Jurisdição” e afirma, por exemplo, que os pressupostos de exame do mérito, quais sejam, os pressupostos processuais e condições da ação, somente são legítimos na medida em que possam assegurar a eficácia do exercício da Jurisdição e impedir que o réu seja submetido ao ônus de defender-se de um processo injusto. E continua:

São inadmissíveis, violando a garantia da tutela jurisdicional efetiva: a) limites internos que tornem excessivamente difícil em concreto o exercício da ação ou a

¹⁷⁸ Ibid, p. 254.

¹⁷⁹ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 255.

marcha proveitosa do processo, como prazos não razoáveis, ônus patrimoniais exagerados (com advogados, perícias, custas, depósitos); b) limites extraprocessuais, sobretudo tributários, que subordinam o acesso à Justiça a fins estranhos ao processo; c) limites substanciais externos, como irrazoáveis prazos de decadência; d) a imposição à parte do ônus de prestar informações ou produzir provas que não estão ao seu alcance; e) a subordinação do direito de postular ou de recorrer à prestação de garantias econômicas.¹⁸⁰

3.2.2.7 Efetividade qualitativa

O processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico.

Por isso,

a moderna concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das sentenças judiciais, inclusive contra a Administração Pública, a oportuna proteção das situações jurídicas suficientemente fundamentadas contra os riscos da demora na prestação jurisdicional (tutela da urgência ou tutela cautelar) e a tutela específica do direito material, especialmente no âmbito das obrigações de dar coisa certa, de fazer e não fazer.¹⁸¹⁻¹⁸²

Marinoni ensina que o direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar através do procedimento adequado ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p, ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional.¹⁸³

3.2.2.8 Procedimento legal, flexível e previsível

¹⁸⁰ Ibid, p. 258.

¹⁸¹ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 261.

¹⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 126-137, 1994.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 30 maio 2013.

O procedimento deve seguir a ritualidade determinada em lei. A prévia determinação legal objetiva assegurar a paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo.

Entretanto, o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, deve, assim, facultar ao juiz certa margem de variação para estabelecer as condições necessárias à efetiva paridade de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência.

O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa.¹⁸⁴

3.2.2.9 Publicidade

A publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes.

A supressão da publicidade será legítima quando objetivar a proteção da intimidade das pessoas, como nas causas de direito de família. A supressão da publicidade em nenhum caso pode impedir a presença das partes e dos seus advogados aos atos processuais orais, como exigência imperiosa da plenitude de defesa.¹⁸⁵

José R. Cruz e Tucci afirma que a “publicidade do processo constitui um imperativo de conotação política, introduzido nos textos constitucionais contemporâneos, pela ideologia liberal, como verdadeiro instrumento de controle da atividade dos órgão jurisdicionais”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ GRECO Leonardo. *Op Cit.* p. 265.

¹⁸⁵ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 266.

¹⁸⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto de CPC: análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 190, p. 257-269, dez, 2010, p.258.

3.2.2.10 Legalidade estrita no exercício do poder de coerção

Como atividade pública, o exercício da Jurisdição está genericamente subordinado ao princípio da legalidade, no sentido de que é a lei que fixa os poderes do juiz e os limites da sua atuação. E, explica: “como atividade pública, o exercício da Jurisdição está genericamente subordinado ao princípio da legalidade, no sentido de que é a lei que fixa os poderes do juiz e os limites da sua atuação”¹⁸⁷.

No exercício do poder de coerção, está o juiz sujeito ao princípio da legalidade estrita, porque ele não pode impor coações ou sanções às partes ou a terceiros, a não ser nos termos e nos limites em que a lei lhe faculta.

3.2.2.11 Prazo razoável

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. Na opinião de Greco a demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática.

Importante ressaltar que a rapidez não pode prejudicar o contraditório e esse é o grande dilema a que está hoje atirada a chamada tutela da urgência, cautelar ou antecipada.¹⁸⁸

Neste sentido:

Atualmente seria irracional imaginar que o direito de ir ao juízo não tem como corolário o direito à tempestividade da “justiça”. O grande problema, na verdade, está em construir tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva. Isto é difícil não somente porque a necessidade de tempestividade modifica-se de acordo como as mudanças da sociedade e dos próprios direitos, mas também porque o Estado apresenta dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva.¹⁸⁹

¹⁸⁷ GRECO Leonardo. *Op Cit.* p. 268.

¹⁸⁸ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 269-271.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O custo e o tempo do processo civil brasileiro*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=508 Acesso em 30/05/13.

3.2.2.12 Duplo grau de Jurisdição

Greco inicia seu estudo com o seguinte alerta:

Os tribunais humanitários e as Cortes Constitucionais têm considerado o direito ao recurso uma garantia fundamental do processo penal, não do processo civil, em que o princípio do duplo grau de jurisdição constituiria preceito infraconstitucional, que o legislador ordinário poderia adotar ou não.¹⁹⁰

Para Dierle José Coelho Nunes, na concepção abstrata e tradicional do modelo:

duplo grau de juízo (ou de jurisdição) significa dupla cognição do mérito da mesma controvérsia. Efetuada por dois juízes diversos (normalmente, mas não necessariamente, um inferior e outro superior). Em teoria, isto é, se entende que uma controvérsia, submetida à apreciação de um primeiro juiz, possa ser sucessivamente submetida à cognição de um outro juiz, com a finalidade de ser por este inteiramente reanalisada e decidida por uma pronúncia destinada a prevalecer sobre a primeira.¹⁹¹

Nelson Nery Jr. assegura que a garantia processual do duplo grau de Jurisdição, entretanto, será reconhecida se, no âmbito da Jurisdição civil, existir lei que institua recurso.

Isto porque, o artigo 158 da Constituição do Império de 1824 dispunha expressamente sobre a garantia absoluta do duplo grau de Jurisdição. No entanto, as Constituições que se seguiram limitaram-se a mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Frise-se, implicitamente, existe previsão de recursos, mas não uma garantia absoluta ao duplo grau de Jurisdição.

Assim, não existindo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso.¹⁹² Não significa, entretanto, que se possa retirar por completo a possibilidade de recorribilidade das decisões do plano legislativo.

Por fim, parte da doutrina, dentre eles Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, destaca como aspectos negativos deste princípio: a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra de unidade do poder jurisdicional, a dificuldade

¹⁹⁰ GRECO Leonardo. *Op Cit.* p. 271-272.

¹⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006): do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 137, p. 137, jul. 2006. p. 171 et seq.

¹⁹² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 284-285.

na descoberta da verdade mais próxima possível da real e a inutilidade do procedimento oral.¹⁹³

3.2.2.13 Respeito à dignidade humana

Os sujeitos do processo têm o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais. Durante o tramite processual, não se admitirá a imposição de tratamento humilhante, ofensivo à sua honra, à sua liberdade, à sua intimidade, à sua propriedade, exceto nas hipóteses e limites legais.¹⁹⁴

Luis Roberto Barroso ensina que a dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. E continua:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.¹⁹⁵

Mister não olvidar que a dignidade é um conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de variação nas diferentes jurisdições.

3.2.3 Observações gerais

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais nos tribunais*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 22-23.

¹⁹⁴ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 273.

¹⁹⁵ A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em 6 fev. 2013.

As garantias do processo justo formam um arcabouço que garante a não supressão da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito, da não supressão da garantia fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Neste ponto, é preciso destacar a seguinte passagem de Cambi a respeito da eficácia imediata dos direitos fundamentais e o dever de proteção que concerne a todo o Estado:

“É possível concluir que o dever de proteção do direito fundamental concerne a todo o Estado, e não apenas ao Executivo ou ao Legislativo. Como um direito fundamental não pode restar desprotegido, sob pena de não vir a ser reconhecido como direito, o Judiciário não pode deixar de exercer o controle da lesão ou do risco de lesão, não pode ser omissivo na concretização da Lei Fundamental.”¹⁹⁶

O autor subordina a averiguação da realização de um processo justo à análise de sua proporcional e razoável protetividade ao princípio ou direito fundamental violado, em cada caso. O processo justo deve se configurar caso a caso, não existindo uma fórmula.

O processo será justo na medida em que o devido processo legal procedimental (em oposição ao devido processo substancial) corresponder ao ideal de protetividade dos direitos fundamentais, quer dizer que o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, devem ser adequados ao caso e à proteção do direito violado.

Assim, somente diante de um exame da razoabilidade e da proporcionalidade será possível investigar se um ato, uma prova, um prazo ou uma decisão foram adequados à proteção do direito que se buscou por meio do processo. Só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.¹⁹⁷

¹⁹⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 255.

¹⁹⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 255.

4 CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO E PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO

4.1 Conceitos e implicações

O artigo 1º da Constituição da República diz que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo e por ele será exercido. O estágio de democracia vivenciada pela sociedade contemporânea deve ser compreendido como democracia participativa, decorrente do direito de quarta geração, qual seja, o de participação¹⁹⁸. Ultrapassa, portanto, os limites da democracia representativa que se exaure nos direitos de votar e ser votado, que passa por profunda crise.

A garantia do contraditório participativo, uma das mais importantes garantias processuais, engloba diversas outras. Consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, o contraditório participativo implementa, no processo judicial, o princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

Neste sentido, Hermes Zaneti observa:

Com a Constituição de 1988 passou de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa e o reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial, com especial aplicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.²⁰¹

O modelo normativo de democracia recebeu de Habermas a classificação de modelo deliberativo-procedimental. Assim, pertencendo o poder ao povo, por ele deverá ser exercido,

¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 380-394: o ilustre professor, ao analisar a realidade sobre a qual as ideias de democracia participativa deve incidir afirma que embora representada por advogado, cujas manifestações correspondem às manifestações do litigante, este raramente terá contato com o processo. Demonstra seu inconformismo com esta “segregação” do litigante quando afirma: “Em tais condições, ou nos conformamos em atribuir ao termo ‘participação’ significado estritamente formal, sem qualquer compromisso com a realidade subjacente às fórmulas técnicas, ou então somos forçados a reconhecer que é mínima a participação dos litigantes no processo”.

¹⁹⁹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

²⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, V. 38 (set/out 2010), p.07.

²⁰¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 55-56.

em todas as instâncias, inclusive nas tomadas de decisões. A percepção e a evolução da democracia refletem diretamente na distribuição de poder igualmente entre as partes no processo.²⁰²

Este modelo apoia-se nas premissas da comunicação e da efetiva realização de justiça por meio da participação de todos os interessados. Aplicado ao processo, o modelo deliberativo-procedimental produz decisões judiciais que efetivamente decorram da capacidade e possibilidade de as partes influenciarem-na.

Ao mesmo tempo, este modelo exige a desangularização das relações de poder. É preciso que se estabeleçam condições de comunicação, que estejam atreladas à pretensão de correção e ao comprometimento com a justiça.

A desangularização das relações de poder será objeto da força que o princípio da cooperação, corolário lógico da garantia do contraditório participativo, e o formalismo-valorativo impõem sobre o processo para instituir a máxima cooperação entre os sujeitos do processo. Por consequência, o processo passa a ser um “procedimento em contraditório” que atrai para si os direitos de quarta geração, os direitos de participação.

Será a democratização do processo que implementará a desangularização das relações, uma vez que, aos sujeitos parciais do processo será assegurada a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente no provimento jurisdicional final, pois as partes poderão trazer aos autos alegações e provas que entendam suficientes para influenciar a decisão judicial.²⁰³

Por certo ao juiz também incidem as transformações que contraditório participativo e o diálogo humano visam fomentar. Desta forma, o juiz deverá antecipar as suas opiniões de forma pública. Permitindo que as partes possam acompanhar o desenvolvimento do seu raciocínio, e assim influir eficazmente na formação da decisão final.^{204- 205}

Por tudo isso, o processo civil, adjetivado como “democrático”, possibilita que a solução do conflito identifique-se a uma justificação racionalmente aceita e compreendida como justa, pois todos aqueles que serão por ela atingidos devem ter a oportunidade de influenciá-la e também de questioná-la *a posteriori*, o que contribui para o aumento do senso de justiça dos participantes.

²⁰² ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 165.

²⁰³ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

²⁰⁴ GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 241-5.

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Malheiros, 2002. V. I. p.240.

Passando, o processo, a ser compreendido como uma instituição dialética que, desenvolvendo-se sob a égide do contraditório, torna-se insuficiente o antigo conceito de contraditório, capaz de conduzir à um processo unilateral, campo de ferrenhas batalhas pelo provimento do interesse individual a qualquer custo.

Todos os protagonistas, inclusive o juiz, devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá.²⁰⁶

O conteúdo do contraditório participativo é amplo e possui quatro aspectos fundamentais, a saber: audiência bilateral; ampla defesa; flexibilização de prazos e paridade de armas.

A audiência bilateral impõe o dever ao juízo de comunicar aos demais sujeitos processuais a ocorrência de qualquer ato processual e possibilitar-lhes a oportunidade de contradizê-lo, no sentido de opor-se as alegações e atos das outras partes. Este aspecto impõe também o dever de comunicação sobre todas as decisões judiciais. Quanto ao momento em que se realizará, este deve ser preferencialmente prévio, podendo ser, excepcionalmente, postergado.

A ampla defesa, conjunto de prerrogativas que assegura ao acusado ou demandado o direito de fazer alegações, produzir provas ou participar na descoberta da verdade. A flexibilização de prazos é o terceiro aspecto a compor o contraditório e garante, de acordo com as peculiaridades do caso, que os prazos se adaptem a cada necessidade especial de defesa.

A igualdade concreta viabilizada pela paridade de armas entre os litigantes é a aplicação da igualdade substancial no processo, de maneira que todos recebam o mesmo tratamento e as mesmas chances de êxito, exigindo do juiz uma postura mais ativa diante das desigualdades entre as partes.²⁰⁷

Esta nova perspectiva, sob a qual o contraditório deve ser analisado, veda as chamadas “decisões surpresa”, ainda que se trate de questões de ordem pública, ou porque os fatos foram levados ao conhecimento do juiz sem a atuação das partes.

Pretende-se que somente questões que tenham entrado na esfera de conhecimento das partes possam influenciar o magistrado a respeito da decisão sobre o litígio. É preciso oferecer

²⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 38 (set/out 2010), p.07

²⁰⁷ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

às partes tomarem conhecimento das questões que potencialmente possam influenciar o juiz e sobre elas manifestarem-se.²⁰⁸

A efetiva observância do contraditório participativo viabiliza a “desangularização das relações de poder”. Sua principal exigência, a paridade de armas, permite que os sujeitos processuais sejam tratados de maneira isonômica e possam ter as mesmas condições de êxito, sem distinções injustificadas. E, associado à democracia participativa, passa a ser o ponto de partida de um modelo de processo cooperativo, onde virtualmente visualizam-se sujeitos processuais na mesma posição de igualdade e submetidos aos mesmos ônus e faculdades.

Cândido Rangel Dinamarco observa que juiz também se submete ao contraditório participativo, por meio da prática de atos de direção, de prova e de diálogo. A instauração de um diálogo humano entre o juiz e os sujeitos é o reflexo do poder de influir nas decisões judiciais e deste modo ter a percepção de que a decisão que lhe atinge não é injusta.

Neste contexto, ressaltam-se os deveres do juiz de oralidade, que permite a comunicação e a influência sobre a decisão, de publicidade, que possibilita a vigilância pela sociedade do cumprimento de seus deveres, e de fundamentação das decisões judiciais, onde realmente se saberá se o contraditório participativo foi capaz de influenciar o juízo.

Busca-se, na verdade, um maior diálogo e uma discussão ampla entre os atores do processo para que a decisão a ser proferida seja o reflexo de um processo cooperativo, onde o juiz não está liberado, sequer para atuar de ofício sem o prévio conhecimento das partes.

E termina o ilustre professor: “Essa participação é um dos elementos fundamentais de legitimação democrática do poder conferido aos juízes, especialmente em países como o nosso, em que o Judiciário é composto quase totalmente por juízes profissionais.”²⁰⁹

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, afirmam:

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda. [...] Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.²¹⁰

Barbosa Moreira sobre a transformação dos cidadãos, para estejam aptos a caminhar para a evolução, aduz:

²⁰⁸ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Malheiros, 2002. V. I. p.240.

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, ano 34, p. 107/141, fev., 2009. p. 120 et seq.

Seria um equívoco dramático e, que na situação que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por contingências históricas que remontam a sua formação, mudando mais uma vez as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os sujeitos de tais transformações se tornem dignos delas e capazes de as implantar e gerir.

O processo de alienação a que os juristas estão irremediavelmente condenados começa, no Brasil, certamente a partir dos bancos acadêmicos e tem uma longa ascendência cultural e histórica que o liga à formação dos Estados modernos e às filosofias políticas que o sustentem desde seu nascimento.

[...] A democracia verdadeira, que só poderá ser aquela que privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quanto seja possível, bem poderia ser comparada a um mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes.²¹¹

Mas para isto é preciso “constitucionalizar” e inserir os cidadãos na democracia participativa²¹², só assim o processo fluirá perfeitamente, certo de que cada protagonista realizará sua parte com boa-fé, lealdade e objetivando uma sentença que seja justa para o caso concreto, para a qual todos terão construído.²¹³

4.2 A corresponsabilidade dos cidadãos pelo resultado da Jurisdição como pressuposto para a efetividade processo democrático

Genacéia da Silva Alberton observa que, a soberania estatal não é suficiente para assegurar o movimento de pacificação de conflitos judicializados. Há um deslocamento para o cidadão, influenciando e sendo influenciado, sendo responsável por si, pela evolução social, mundial e cobrando também o direito de ver respeitados seus direitos fundamentais, corresponsável pela Jurisdição.

²¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Democracia Moderna e Processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 111.

²¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 158, p. 09-19, abr., 2008.

²¹³ Idem. Democracia Moderna e Processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 108: “fica porém evidente o pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável deve ser buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos.”

É preciso que os cidadãos reconheçam sua corresponsabilidade pelo resultado da Jurisdição, favorecendo o mínimo social, no qual está contido o direito à não-exclusão, ou seja, o direito de participar da produção da solução para o conflito.²¹⁴

É certo que o foco da jurisdição no Estado desloca da Jurisdição centrada no juiz para a Jurisdição realizada por outros sujeitos que poderão encontrar num espaço público condições adequadas à realização do entendimento. São bem-vindos os projetos legislativos que visam a normatizar as possibilidades de conciliação e mediação como mecanismo de empoderamento das partes. A este respeito Durston afirma:

El empoderamiento ha sido definido como el proceso por el cual la autoridad y la habilidad se ganan, se desarrollan, se toman o se facilitan (STAPLES, 1990). Alternativamente, el énfasis está en que el grupo y las personas protagonizan su próprio empoderamiento, no en una entidad superior que les da poder (SEN, 1998). Es la antítesis del paternalismo, y la esencia de la autogestión mediante la pedagogía constructivista, que construye sobre las fuerzas existentes de una persona o grupo social - sus capacidades - para <<potenciárs>>, es decir, aumentar y realizar esas fuerzas potenciales preexistentes.²¹⁵

Genacéia da Silva Alberton ressalta que é necessário desenvolver uma cultura de menor beligerância processual, colocando, pois, a conciliação, mediação e arbitragem como possibilidade efetiva do exercício da Jurisdição que passa a ser realizada por diferentes atores e não apenas pelo juiz:

Nesse movimento pendular, altera-se a metodologia da jurisdição. Vemos, de um lado, a busca da descentralização da jurisdição da pessoa do Estado-Juiz, o que denominamos de jurisdição-soberania, para propor, via teoria discursiva habermasiana, a “jurisdição-participação” voltada ao consenso.²¹⁶

Propõe-se dar espaço a agentes de conciliação e mediação em busca de solução consensual, assim como admitir árbitros voluntários que, no espaço público estatal, possam dar um tratamento ao conflito com celeridade, informalidade e menor custo:

A orientação dos grupos de mediação pode minimizar o impacto dos litígios, com a participação ativa da sociedade na tarefa do exercício de pacificação como exercício de cidadania, possibilitando que o Estado venha garantir o acesso à jurisdição, legitimando a proposta social e democrática. A mediação como pressuposto

²¹⁴ ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.* Brasília, ano 12, v. 23, p. 85-102, jan.- dez., 2004. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_23_06.pdf> Acesso em 31 jul. 2012.

²¹⁵ DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe.* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y Caribe, 2001, p. 187.

²¹⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.* Brasília, ano 12, v. 23, p. 85-102, jan.- dez., 2004. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_23_06.pdf> Acesso em 31 jul. 2012.

procedimental para a iniciativa judicial, com grupos especializados por matéria, é uma alternativa viável e que se coloca de lege ferenda.²¹⁷

A Jurisdição-participação, Jurisdição não-excludente no espaço democrático, superará a tensão entre os fatos da vida e o direito por meio da ação comunicativa em busca do consenso, que se apresenta como uma proposta possível, propiciando o fortalecimento da sociedade civil corresponsável na tarefa de consecução do desenvolvimento com paz.

4.2.1 A cultura do litígio e a corresponsabilidade dos cidadãos pelo resultado da Jurisdição no cenário contemporâneo

A íntima relação entre processo e cultura²¹⁸⁻²¹⁹ ocorre por movimentos circulares, nos quais o direito e cultura podem ser consideradas como duas grandes piscinas. Ao passar pela piscina da cultura o direito a absorve, reciprocamente a cultura ao passar pela piscina do direito também o capta. Por isso cada sociedade terá seu direito impregnado pelas características culturais predominantes, bem como o direito se verá forçado a se adaptar às novas realidades sociais.²²⁰

Neste ponto é importante demonstrar que o desenvolvimento e aperfeiçoamento cultural de uma sociedade ocorre em escala temporal muito acelerada, que por vezes o direito não consegue acompanhar. Fato que se explica pela lógica de funcionamento de cada um. O conjunto de ideias compartilhado por uma sociedade leva algum tempo para se alterar, entretanto não depende de qualquer interferência externa que a formalize. Depois de algum tempo observa-se que um costume "caiu em desuso".

No direito, o ritmo das alterações e a forma pela qual ocorrem são diferentes. Há uma dependência total de mecanismos burocráticos de adaptação e transformação das normas.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ REALE, Miguel. Conceito de Cultura: seus temas fundamentais. In: REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.1: "A primeira questão que merece nossa atenção é quanto à amplitude da palavra 'cultura', já em si mesma multívoca e polêmica, não havendo conceito dela que possa ser acolhido sem reservas ou fortes contraditas."

²¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.27: "é difícil escapar à conclusão de que a palavra 'cultura' é ao mesmo tempo ampla demais e restrita demais para que seja de muita utilidade"

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan-mar, 1992: Nesta obra é importante a seguinte afirmação: "Quero aqui sublinhar uma constatação: se é verdade, consoante já disse Franz Klein há quase um século, que o direito processual é um espelho da cultura da época, isso se torna ainda mais evidente no campo das provas." E continua: "Direi logo – antecipando uma elaboração posterior – que aqui, novamente, o processo se revela como espelho da cultura de uma época."

Ainda que uma norma caia em desuso, se não ocorrer a interferência daqueles que para isso são capacitados, os legisladores, ela ainda será capaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

Assim, se um costume, amplamente difundido numa sociedade e devidamente regulamentado por lei, deixar de ser impositivo será necessário que a lei do qual decorra seja revista, atualizada ou revogada. É possível observar um descompasso rítmico entre a evolução cultural de uma sociedade e a regulamentação desta evolução.

O descompasso entre evolução cultural e evolução legal apresenta-se na interpretação mais ampla do direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que recebeu em adição à sua vertente formal de acesso aos órgãos judiciários, o acesso à ordem jurídica justa, com o passar do tempo.

Tais evoluções conduziram a uma leitura da garantia de amplo acesso à justiça completamente “descolada da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão *ufanistas como irrealistas*”, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma:

Com isso, daquele singelo enunciado se tem extraído premissas, garantias, premissas, direitos, enfim, proposições diversas, contando-se dentre essas ilações exacerbadas: a garantia de acesso à Justiça, a a universalidade da jurisdição, a ubiquidade da justiça, tudo, ao fim e ao cabo, estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em...*dever de ação!*²²¹

A distorção no sentido de acesso a justiça, a que se faz menção é fruto de uma sociedade pautada em uma total irresponsabilidade com relação aos conflitos que a afligem, transmutando a vedação de autotutela em obrigatoriedade da tutela jurisdicional.

Resulta desta interpretação distorcida da citada garantia processual fundamental, uma crise estrutural que atinge a diretamente a capacidade do Estado de assegurar as demais garantias do processo justo, conforme já demonstrada na alusão à obra do Professor Greco.

Greco, em recente estudo, evidencia que o processo civil brasileiro ainda tem muito que se aperfeiçoar. Caso contrário, não será possível oferecer um sistema judiciário plenamente inserido na efetividade e no garantismo, já atingido em outros países. O sistema jurídico brasileiro sofreu um forte impacto de diversos fatores que vieram a pôr em cheque a sua capacidade de concretizar os ideais humanistas do segundo pós-guerra, com a multiplicação frenética do número de processos.²²²

²²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

²²² GRECO Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.) *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 273-308.

O professor elenca dois fatores que, em seu entendimento, contribuíram para o aumento do número de processos: (i) a elevação da consciência jurídica dos cidadãos e (ii) a exacerbação do demandismo. E, explica:

Boa ou má, a educação básica se expandiu e, em muitos países, como o Brasil, atingiu as camadas mais pobres da população, não se limitando a ensinar o beabá e as quatro operações, mas inculcando nos cidadãos, particularmente os mais jovens, a consciência dos seus direitos e a necessidade de exercê-los. Essa consciência se enriqueceu com a expansão dos meios de comunicação de massa, como a televisão, e da rede mundial de computadores, veiculando informações e estimulando iniciativas de reivindicação de direitos.

O estupendo desenvolvimento de novas tecnologias e a oferta de novos produtos aumentou as necessidades de consumo humano e, embora o poder aquisitivo da população tenha se elevado, esta elevação não se deu na mesma proporção daquelas. O novel direito do consumidor é fruto dessa nova realidade. As relações entre os que produzem ou vendem e os que consomem se tornaram tensas, aumentando o grau de exigência dos últimos em relação à qualidade de bens e serviços.²²³

Esses fatores foram determinantes para o crescimento vertiginoso do volume de causas judiciais e o retardamento da sua solução, atraindo para o Judiciário grande parte da insatisfação social com a frustração do cumprimento do seu papel de guardião dos direitos de todos.

A esse desgaste, a Justiça civil reagiu com algumas mudanças como a simplificação das formas e dos ritos e a aceleração dos procedimentos, bem como a adoção de novos institutos para enfrentar a massificação das demandas e dos recursos, como as ações coletivas e as tutelas antecipatórias, relegando a plano secundário a preocupação com a qualidade das decisões e o respeito às garantias fundamentais do processo.²²⁴

Rodolfo Mancuso constata três pontos críticos que, em sua análise, conduziram à crise: (i) a política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; (ii) avaliação de desempenho do acesso à justiça por critério quantitativo; (iii) tendência à judicialização dos conflitos, e resistência aos outros modos de resolvê-los.²²⁵

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, elenca três fatores que representam as causas da longa duração dos processos: (i) excessivas solenidades herdadas do período no qual reinou o positivismo jurídico, haja vista o fato de que princípio da legalidade predominava, assim como a desconfiança sobre os magistrados. Decorrendo daí, o formalismo exacerbado; (ii) o excessivo número de demandas incrementado pela explosão da litigiosidade que teve como

²²³ Ibid.

²²⁴ GRECO Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.) *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 273-308..

²²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11-12.

causa a alta conscientização jurídica dos brasileiros, no período posterior a edição da constituição de 1988. Ocorreu a conjugação de um amplo acesso à justiça com a litigiosidade reprimida. Como consequência, a sociedade brasileira está mergulhada numa cultura de litígios; (iii) a prodigalidade do sistema recursal como resultado da adoção do modelo Francês de reapuração da juridicidade da decisão.²²⁶

O pano de fundo desta crise, em síntese, é a crise pela qual passa o Estado provedor do bem comum. A incapacidade do Estado de levar a efeito seus compromissos com a plenitude dos direitos sociais conduziu aos tribunais a reivindicação dos mais comezinhos direitos que deixaram de ser devidamente atendidos.

A saúde, a educação e as políticas públicas, que anteriormente eram de responsabilidade exclusiva da Administração, passaram a fundamentar as mais variadas demandas judiciais, com vistas a concretização de tais direitos. Ocorre que tal função é absolutamente alheia à formação dos juízes e para as quais o seu método de atuação – o processo judicial – se mostra inteiramente inadequado.²²⁷

Evidente que os cidadãos, aproveitaram-se da crise instituída no âmago do Estado para transferir-lhe a responsabilidade pela solução dos conflitos. Aguardando ansiosamente a solução judicial.

Em contra-ataque, o Estado tenta superar a referida crise por meio do incessante aumento da estrutura física do Poder Judiciário, do incremento dos investimentos feitos no sentido de dotar tal poder com maiores recursos físicos e humanos, aperfeiçoando-o cada vez mais para atender ao aumento contínuo das demandas. Entretanto, tais ações possuem a reação adversa de retroalimentar o demandismo.

A bem da verdade, o aparelhamento do Poder Judiciário não ataca a cultura judicial demandista e beligerante reinante no país. Desta maneira, se não se atacam as causas, todo investimento tem caráter meramente paliativo.

Como num círculo vicioso, o próprio Estado busca frear o aumento das demandas com a criação de barreiras, filtros e elementos de contenção do demandismo.²²⁸

São bons exemplos, a adoção de institutos como a repercussão geral da questão constitucional (§ 3.º do art. 102, CF), da súmula impeditiva de recurso (PEC 358/2005), o indeferimento liminar de petição (art. 285-A, CPC), dentre outros.

²²⁶ FUX, Luiz. O Novo Processo. In: FUX, Luiz. [Coor.] *O Novo Processo Civil Brasileiro (Direito em Expectativa): reflexões acerca do Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 06.

²²⁷ GRECO Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.) *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 273-308.

²²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11-12.

Estes mecanismos promovem um vertiginosa queda no número de processo que chegam aos tribunais e a facilitação de seu trâmite, além de fundamentar a adoção de práticas limitadoras do demandismo. Superficialmente, pode-se dizer que os motivos da crise estão sendo atacados e erradicados. Argumento que não resiste a uma análise profunda capaz de observar que as causas da crise continuam a assombrar o Judiciário, que se arrasta lamentando o número, ainda alto, de processos.

Ao que parece, tratam-se os sintomas de uma doença sem conhecê-la e à medida que o número de medicamentos aumenta, aumentam as reações adversas. E como um círculo vicioso de alta gravidade trata-se dos sintomas causados pela aplicação dos remédios e sequer sabe-se o que causou a doença do paciente.

4.2.2 Soluções tendentes à mudança de mentalidade

A sociedade brasileira nas últimas décadas passou por transformações que agravaram a capacidade do Poder Judiciário de prestar a tutela jurisdicional de forma célere, efetiva e justa. Isto ocorreu em virtude da simultânea e natural expansão da conflituosidade, confrontando o Poder Judiciário com uma sobrecarga insuportável de processos.

Uma das causas desse fenômeno associa-se a falta de políticas públicas em relação ao tratamento adequado dos conflitos de interesses. Diante deste quadro o ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, constatou:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos.²²⁹

No intuito de institucionalizar, em plano nacional, os meios alternativos de resolução de conflitos, foi editada a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, cujo

²²⁹ Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Antonio Cezar Peluso, Presidente; Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Vice-Presidente : sessão solene realizada em 23 de abril de 2010 [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_na_Presidencia_Min_Cezar_Peluso.pdf> Acesso em: 03 mar. 2012.

objetivo principal é alcançar alívio das instâncias julgadoras, maior celeridade dos processos, mudança de mentalidade social em decorrência da participação decisiva das partes na construção de resultado.²³⁰

O Conselho Nacional de Justiça, ao atribuir a Poder e Judiciário a responsabilidade de estabelecer política pública de tamanha importância, pretende oferecer tratamento aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade. Será possível organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam a sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Sua apropriada disciplina em programas já implementados nos tribunais de todo o país, segundo normas de cada tribunal, reduziu a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

É possível notar a aproximação entre a busca de uma eficiência quantitativa e os objetivos da resolução, o que não é louvável por vários motivos que não merecem atenção neste momento. O estudo da Resolução é proporcional ao conhecimento do programa de mediação que o Brasil está desenvolvendo.

Conseqüentemente, nos bastidores do trâmite processual, verifica-se o aumento, por todo o país, da prática e difusão da solução consensual dos conflitos, seja de forma prévia, incidental ou pós- processual. De fato, este foi um avanço cultural. Quer-se dizer que, em meio a morosidade do sistema judicial de resolução de conflitos, os tribunais se adequaram às novas realidades e buscaram nos mecanismos consensuais a uma proposta que ofereça maior eficiência na prestação jurisdicional.

Não obstante a realidade de crise que tomou conta do Poder Judiciário, o Poder Legislativo mantém-se indiferente, ou seja, não contribui para a solução da crise com a criação de mecanismos legais capazes de atacar a fonte do conflito.

Bons exemplos da apatia do Legislativo relativamente ao tratamento da cultura processual do litígio: o PL 4.827/98; Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça; o PL 8.046/10, Novo Código de Processo Civil; Projeto de Lei 517/11. Todos estagnados.

O Conselho Nacional de Justiça considera a conciliação e a mediação os instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, percebendo que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva

²³⁰ Ibid.

judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

4.2.2.1 A implementação da justiça conciliativa e a cultura de pacificação

Em 2010 o Ministro Cezar Peluso assumiu a presidência do Supremo Tribunal Federal, foi então que à frente do Conselho Nacional de Justiça nomeou um grupo que recebeu a responsabilidade de elaborar minuta de Resolução para instituir a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos no país. Este grupo foi composto pelos seguintes magistrados: Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, José Guilherme Vasi Werner, Sidmar Dias Martins, Tatiana Cardoso de Freitas e Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira. Submetida a análise e aprovação do Comitê Gestor da Conciliação foi publicada em 1º de dezembro de 2010 a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, cujos artigos os artigos 1º, 2º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13, 15, 16, 18 e os Anexos I, II, III e IV, foram alterados pela A Emenda 1/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

A Resolução foi construída sob três pilares de sustentação: inteligência, centralização de serviços e capacitação.

O Capítulo I da resolução trata da instituição de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, o que demonstra uma profunda preocupação com vários pontos de enfraquecimento do sistema de prestação da tutela jurisdicional brasileira. Tais pontos conduzem ao diagnóstico de crise institucional e jurisdicional, caracterizado pela incapacidade de produzir resultados eficientes, principalmente em seu aspecto qualitativo.

Art. 1º- Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

O artigo 1º propõe assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados. Dentre os métodos de solução dos conflitos estão os adjudicatórios e os consensuais. A Jurisdição é o método adjudicatório mais utilizados para resolver os conflito,

sua principal característica é a substitutividade que permite que um terceiro imponha a solução ao caso.

Entretanto pode-se dizer que a adjudicação, seja pela Jurisdição ou arbitragem, não será sempre o melhor meio para dirimir conflitos e esgotar a sua fonte principal. Existem casos nos quais uma sentença soluciona apenas o conflito superficial, entretanto permite a subsistência do conflito real.

Dá a importância de se falar em oferecimento de métodos adequados à solução de cada conflito, sendo imperioso desde o início reconhecer caso a caso qual ao conflito que prepondera.²³¹ Nos casos em que a demanda judicial possui fundamento num conflito superficial – aquele que é apresentado ao juiz, porém sem demonstrar o conflito real que existe naquela relação jurídica, conseqüentemente a Jurisdição não oferecerá a melhor solução.

Para tais situações é importante o acesso aos métodos consensuais para identificar o real motivo do conflito, e assim discuti-lo profundamente até que as partes compreendam a importância de restaurar as relações entre elas, superando-o.

Pretende-se tornar a justiça conciliativa²³² uma preferência nacional para solucionar questões provenientes de relações permanentes, nas quais há o predomínio de conflitos reais.

Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:
I - centralização das estruturas judiciárias;
II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;
III - acompanhamento estatístico específico.

Os alvos principais da Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses são os seguintes: qualidade dos serviços e disseminação da cultura de pacificação social.

A preocupação com a qualidade dos serviços demonstra a necessidade de reverter o quadro de “crise institucional” ou “crise do Poder Judiciário”²³³. Essencialmente, há a

²³¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 195, ano 2010, maio: A escolha do mais eficiente e apropriado método de composição observa, pois, um princípio, aqui denominado de *princípio da adequação*, cuja observância leva os disputantes a elegerem o mecanismo que representa o mais adequado instrumento para a solução do conflito surgido entre eles. Evidente, entretanto, que não se trata de norma cogente. Deixar de observá-la acarreta unicamente na eleição de mecanismo menos eficaz. Destarte, o princípio da adequação informa a disciplina dos métodos de solução de conflito, assim compreendidos os chamados autocompositivos (negociação, mediação, conciliação etc), os impositivos (arbitragem e jurisdição) e os híbridos.

²³² Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coords) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-5. É o retorno do interesse pela mediação e pela conciliação, assim como pela importância de que estas vias se revestem na sociedade contemporânea levaram ao renascer de uma justiça que se fundamenta na autocomposição dos conflitos.

preocupação com a confiança depositada pelos cidadãos no Poder Judiciário e na sua capacidade de cumprir os preceitos constitucionais que exigem eficiência, celeridade e justiça no desempenho das atividades deste Poder.

Quanto à disseminação da cultura de pacificação social mister tecer alguns esclarecimentos. Kazuo Watanabe a define utilizando-se da comparação com o que chama de cultura de sentença.

Ambas são resultado da cultura de um povo. No caso do Brasil prevalece a cultura de sentença. Seu fundamento está no Estado Social, o Estado provedor, ainda muito influente em países em desenvolvimento. Deixou como traço marcante na sociedade brasileira o costume de depositar expectativas na vinda de uma solução imperativa, que ação alguma demande daquele que vai ao Judiciário reclamá-la.

A colonização brasileira somada ao Estado com características paternalistas contribuíram para a formação de uma sociedade submissa e acomodada com os flagelos aos quais era e é submetida; que não sabe ou não quer aprender a encontrar, por si mesma, as soluções para seus dilemas; e que sem saber dialogar, vê naquele que demonstra interesse diverso um inimigo.

Esta é a cultura da sentença. Pois bem, a iniciativa de incentivar a sociedade brasileira a abandonar a dependência psíquica de uma solução adjudicada é louvável. É mecanismo de elevação da autoestima dos cidadãos com vistas a conscientizá-los de sua capacidade de solução consensual dos conflitos. Incentivando-os a travar um diálogo franco e amistoso com aquele que possui um interesse diverso.

Em síntese, vive-se a busca de uma revolução intelectual capaz de uma profunda alteração da mentalidade litigiosa predominante, afastando a ideia de que existem vencedores e vencidos. Em outras palavras, implementar a cultura de pacificação é elevar o nível intelectual da sociedade brasileira, conduzindo-a ao abandono da submissão à solução imposta, emancipando-a.²³⁴

Consequentemente, promover-se-á a solução dos conflitos existentes sem a necessidade de provocar o Judiciário com sensível redução no volume de processos, haja vista

²³³ Cfr.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.11. “sustentamos a tese de que o déficit de qualidade na resolução de conflitos em nosso país deriva de três fatores: (i) política judiciária calcada no incessante aumento da estrutura física; (ii) avaliação de desempenho por critério quantitativo (*in put e aut put* de processos); (iii) tendência a judicialização dos conflitos, e o seu corolário: resistência aos (ou desconhecimento de) outros modos de resolvê-los.”

²³⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: 2005. p. 684-690.

que a Jurisdição assumirá um caráter subsidiário na solução dos conflitos.²³⁵ A intervenção judicial ocorreria apenas naquelas relações desgastadas, nas quais o diálogo tornou-se impossível.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Tais artigos possuem relação entre si, de modo que os tribunais, ao receberem o auxílio do Conselho Nacional de Justiça, seguirão o mesmo critério. Logo a atuação dos tribunais será homogênea, o que facilitará na ampliação da cultura de pacificação pelo país, haja vista suas dimensões continentais.

O artigo 4º ao traçar o incentivo à autocomposição como objetivo da Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos está a fomentar a adoção de práticas que possuem caráter pedagógico, capazes de capacitar as partes para resolverem seus conflitos sem a intervenção de terceiros, detentores de poder decisório.²³⁶

De modo geral, esta Resolução é um incentivo à adoção dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil de forma mais abrangente, derivando da vontade das partes, pois a obrigatoriedade da mediação não é a melhor opção. A voluntariedade é uma de suas características essenciais.

É importante destacar que desde a criação dos Juizados Especiais, os brasileiros estão habituados a utilização da conciliação, o que pode ser verdadeiro obstáculo à ampliação do uso da mediação.

Isto porque, na conciliação a postura do terceiro é ativa, este pode inclusive apresentar soluções aos conflitos quando as partes não o alcançarem. Entretanto o modelo de mediação a ser adotado no Brasil, de acordo com o Projeto de Novo CPC, é aquele no qual os mediadores não externam suas opiniões, ou seja, não podem apresentar soluções ao caso, sua conduta é

²³⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, n. 164, p. 29-56, out, 2008, p. 45.

²³⁶ Cfr.: GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Teoria Geral da mediação à luz do projeto de lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.18. A harmonização da mediação em nível nacional é facilitada por esta Resolução, o que não afasta a necessidade de um aparato legislativo. No entanto é necessário que a base sobre a qual se defina os preceitos da mediação sejam os conceitos que regem a preferência pelos MASC's. São eles: a) a simplificação do procedimento de mediação; b) a não criação de barreiras ao processo de mediação, seja quanto ao acesso, seja quanto à realização, seja quanto a concretização, seja quanto a obtenção de resultados práticos consignados no Termo de Mediação; c) a capacitação do mediador para que consiga obter resultados os resultados possíveis na mediação em que se encontra; d) o baixo custo do procedimento de mediação caso comparado as demandas judiciais litigiosas; e) a "deformalização", ou seja, a busca de inexistência de formas rígidas que possam servir de limites a mediação; f) a "desjudicialização" do processo de mediação, de forma que o Poder Judiciário não interviesse na mediação.

restrita à condução das partes ao consenso. A mediação no Brasil será passiva e deverá sempre ser fruto do comportamento apenas das partes.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Retornando à necessidade da ampliação da cultura de pacificação no Brasil, é de extrema importância a preocupação do Conselho Nacional de Justiça com a realização de parcerias.

Merece destaque a inclusão das universidades e instituições de ensino. O fundamento desta parceria encontra-se na necessidade de iniciar a transformação cultural a partir da formação dos cidadãos, pois ao referir-se às *instituições de ensino* deixa aberta a possibilidade de as instituições inserirem o ensino do consenso nos níveis fundamental e médio, inaugurando uma inédita parceria.

Se bem aproveitada por instituições preocupadas com a formação do caráter do aluno, preparando-o para ser um cidadão consciente, abrem-se várias oportunidades de fomento da prática de resolução de conflitos consensualmente ainda na escola, entre crianças, adolescentes e reflexamente, seus pais. É a forma mais eficaz de emancipar os cidadãos e eliminar a dependência generalizada da solução adjudicada e impositiva de conflitos para as novas gerações.

Já a parceria com universidades abre um leque de possibilidades instigante e otimista. Observe-se que faz menção ao termo em seu aspecto mais amplo. Embora maior atenção deva ser dispensada aos futuros operadores do Direito, não se pode deixar de lado a importância de outras áreas de formação superior experimentarem o contato com os Meios Alternativos de Solução de Conflitos.²³⁷

Humberto Dalla ensina que as universidades devem implementar as “*clínicas de mediação*” nos escritórios modelos quando relacionados ao Direito, o que não exclui a extensão do projeto a outros cursos universitários. No entanto, tais “clínicas” não devem focar apenas na mediação, mas na introdução e vivência pelos universitários de experiências na utilização dos equivalentes jurisdicionais.²³⁸

Será por meio das ações voltadas à formação de cidadãos, com base na educação para a cultura de pacificação que a cultura de sentenças será abandonada. O enfoque na solução

²³⁷ MELO FILHO, Álvaro. Novas diretrizes para o ensino jurídico. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 74, p. 102-111, 1994.

²³⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>> Acesso em 03/03/12.

consensual fomenta a preservação das relações permanentes que existem por trás de cada conflito.

Art. 6º. Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I - estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II - desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM;

III - providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV - regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V - buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI - estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII - realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII - atuar junto aos entes públicos e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

O artigo 6º vem regulamentar o artigo 5º e explicitar como o Conselho Nacional de Justiça atuará na formação desta rede de parceiros, cujo maior intuito é fomentar e disseminar a cultura de pacificação. Seus incisos são autoexplicativos e dispensam comentários.

O inciso VI do artigo 6º da Resolução é deveras significativo, pois ao determinar que será estabelecida “interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil [...] estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios”, propõe uma concretização do artigo 2º, parágrafo único, incisos VI, VII e IX do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

5 MEDIAÇÃO E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

5.1 Mediação: aspectos gerais

Importante lembrar as linhas preliminares deste estudo. Sabe-se que a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral. A autocomposição unilateral concretiza-se por meio da renúncia; da desistência; do reconhecimento jurídico do pedido. Já a autocomposição bilateral pode ser mediante negociação ou facilitada. A autocomposição bilateral facilitada desdobra-se em conciliação e mediação.

Caracterizar-se-á autocomposição bilateral facilitada quando as partes não conseguirem, sozinhas, efetuar uma comunicação eficiente suficientemente para entabular uma resposta conjunta para a composição da controvérsia.

Dessarte, mediação é a técnica pela qual terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as partes em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, possam construir, por si sós, a composição do litígio da maneira mais satisfatória, ou menos insatisfatória possível à sua realidade interna e externa.²³⁹

Maria N. Serpa apresenta como conceito de conciliação e mediação os seguintes, respectivamente:

[Conciliação] É um processo informal onde existe um terceiro interventor que atua como elo de comunicação entre as partes em litígio. Vários meios são utilizados pelo interventor para essa ligação, inclusive o telefone. A finalidade é levar as partes a um entendimento, através da identificação de problemas e possíveis soluções. O conciliador apazigua as questões sem se preocupar com a qualidade das soluções. Interfere, se necessário, nos conceitos e interpretações dos fatos, com utilização de aconselhamento legal ou de outras áreas.

[Mediação] É um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.²⁴⁰

Para complementar, segue a distinção entre os institutos feita por Humberto Dalla:

²³⁹ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtiva. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coor.) *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

²⁴⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 90.

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador.²⁴¹

Maurício Vasconcelos Galvão Filho e Ana Carolina Weber entendem por “mediação o instrumento de natureza autocompositivas marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias”.²⁴²

Mister descortinar, preliminarmente, o ambiente que a mediação pretende favorecer e incentivar, qual seja, aquele em que prevalece a justiça coexistencial; em que as partes desenvolvem soluções criativas que permitem a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; em que as partes sejam capazes de resolver as questões conflituosas sem a atribuição de culpa ao outro e sem o cultivo do ideal de existência de um vencido e um vencedor; em que os processos deixem de ser destrutivos e tornem-se construtivos.²⁴³

Neste contexto, idealiza-se jurisconstrução²⁴⁴, mecanismo utilizado para aproximar as partes envolvidas em uma disputa, tornando possível a inserção do sistema ganha-ganha em substituição ao prevalecente ganha-perde, sendo certo que o modelo processual cooperativo em muito contribui para esta transformação.

É possível superar a crise por meio da compatibilização, em um mesmo sistema, do método de solução adjudicada para os conflitos que demandam a passagem jurisdicional com um método de incentivo à solução consensual construída pelas partes.

²⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>> Acesso em 03/03/12.

²⁴² GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25.

²⁴³ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtiva. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coor.) *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19.

²⁴⁴ **Jurisconstrução** é o termo cunhado por José Luis Bolzan de Moraes para descrever a atuação conjunta das partes envolvidas no conflito no sentido de solucioná-lo sem destruir a relação intersubjetiva existente entre elas, dedicando a este tema o item 2, da Parte II de sua obra *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* De 1999. Fato que se repete na segunda edição de obra em coautoria com Fabiana Marion Spengler.

Neste cenário otimista, a solução consensuada e jurisconstruída pelos demandantes será viabilizada pela inserção da mediação no processo judicial. A mediação é um instituto há tempos conhecido, que gradativamente ocupa espaço cada vez maior dentre as possibilidades de solução de controvérsias. A institucionalização da mediação será a responsável pela adesão à cultura da pacificação – a forma como isto ocorrerá será detalhadamente analisada no momento oportuno.²⁴⁵

Importante destacar que as partes, em regra, após um fracassado processo de negociação, podem chegar à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo, o que as leva a busca, num terceiro, uma forma de concretizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la.²⁴⁶

Maurício Vasconcelos Galvão Filho e Ana Carolina Weber afirmam que é incomum a prática homogênea da mediação, seja em que âmbito de relações ou país for. Muita divergência existe quanto ao seu conteúdo, à forma, aos limites e objetivos, fato é que se deve buscar um tratamento harmonioso para a questão. Para tanto sugerem que a realização da mediação tenha como diretrizes os pontos mais importantes que dominam os Meios Alternativos de Solução de Conflitos, quais sejam:

- a) a simplificação do procedimento de mediação;
- b) a não criação de barreias ao processo de mediação, seja quanto ao acesso, seja quanto a realização, seja quanto a concretização, seja quanto a obtenção dos resultados práticos consignados no Termo de Mediação;
- c) a capacitação do(a) mediador(a) para que consiga obter os resultados possíveis na mediação em que se encontra;
- d) o baixo custo do procedimento de mediação caso comparado as demandas judiciais litigiosas;
- e) a “deformalização”, ou seja, a busca de inexistência de formas rígidas que possam servir de limites a mediação;
- f) a “desjudicialização”, do processo de mediação, de forma que o Poder Judiciário não interviesse na mediação.²⁴⁷

Importante destacar que os autores, fundamentados no artigo 2º do Projeto de Lei nº 4.827/98²⁴⁸, que despeito da estagnação de seu processo legislativo, em muito contribui para o

²⁴⁵ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.126.

²⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 63-94, jan.-jun., 2010. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf. Acesso em 10 ago. 2013.

²⁴⁷ GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 18.

²⁴⁸ Art. 2º Para fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

apontamento dos elementos essenciais à mediação. São elementos essenciais da mediação, os seguintes: a) caráter científico-técnico; b) a participação de um terceiro; c) imparcialidade do terceiro; d) nomeação voluntária do mediador pelas partes; e) as partes da mediação; f) interesse na mediação; g) modos de atuação do mediador; h) vedação à apresentação de soluções pelo mediador; i) finalidade da mediação; j) consensualidade.

Humberto Dalla, por sua vez, considera elementos básicos para um efetivo processo de mediação: existência de partes em conflito; clara contraposição de interesses; e terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Admite o autor que tanto que pessoas físicas ou jurídicas podem submeter os conflitos à solução consensuada. Alerta, ainda, que pessoas jurídicas despersonalizadas também podem ser partes, desde que se possa identificar seu representante ou gestor; podendo, ainda, envolver menores, desde que devidamente assistidos por seus pais.

Para Humberto Dalla o segundo elemento, qual seja, o conflito, deve delimitar a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. Esclarecendo que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico. Afirma, no entanto, ser desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, ressalta que deve existir um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

O terceiro elemento identificado por Humberto Dalla é o mediador, que deverá ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Em suma, deve ser alguém apto a interagir com elas, que se mostre confiável e apto a auxiliar concretamente o processo de solução daquele conflito.

Segundo Humberto, existem duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução: a denominada “*rights-based*” e a “*interest-based*”, ambas com fundamento no Direito americano, e explica:

A primeira é denominada “*rights-based*” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais

para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.²⁴⁹

Interessa ao presente estudo, o que assevera o autor, em relação à mediação incidental: “via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. [...] nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.”²⁵⁰

Mediação passiva é aquela em que o terceiro apenas ouve as partes, atuando como um facilitador do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista; possíveis soluções; ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Por óbvio a mediação demanda um postura passiva do mediador, sob pena de desfigurar o instituto.

Apesar de os benefícios advindos da aplicação da mediação serem reconhecidamente efetivos Humberto Dalla identifica alguns comportamentos recorrentes que podem constituir em verdadeiras barreiras à mediação. Tais barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

As barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados. Por outro lado, as barreiras pessoais são aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos no processo de mediação.

As barreiras pessoais subdividem-se em quatro outras barreiras: a) estratégica: que se fundamenta barganha, na qual cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro; b) o uso de preposto para negociar em nome do titular do direito, haja vista que de maneira geral o preposto não conhece todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas; c) cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas; e finalmente d) tendência de rejeitar ofertas com base em pura desconfiança.

As barreiras institucionais subdividem-se em três: a) desinformação: nota-se uma desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e

²⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 63-94, jan.-jun., 2010. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf. Acesso em 10 ago. 2013.

²⁵⁰ Ibid.

consequências jurídicas; b) percepção social de autoridade: distorcida percepção social a respeito da figura da “autoridade” apta para a solução do conflito; c) falta de sistematização normativa da mediação que aliada à noção fixada no inconsciente coletivo de que sempre será possível interpor algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, com vistas a questionar determinada providência no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.²⁵¹

Nada impede que a mediação seja aplicada à qualquer espécie de conflitos. Entretanto, esta espécie de autocomposição melhores resultados produz quando aplicadas aquelas relações conflituosas que podem ser chamadas de relações permanentes, que envolvam sentimentos ocultos.

5.1.1 Mediação e lide sociológica

Em decorrência do predomínio da cultura de sentença, com o surgimento do conflito haverá a polarização dos lados da relação, no modelo adversarial existem as figuras do vencedor e do vencido, que travam verdadeira batalha.

Ao assumirem os papéis de contendores, as partes que integram a relação conflituosa não dão azo a qualquer tentativa amistosa de solução do conflito. Surge a lide exatamente no momento em que uma das partes deseja que seu interesse ou pretensão resistido ou não atendido pela outra parte seja tutelado, em detrimento dos direitos e garantias da outra parte.

Alexandre Câmara, fundamentando-se em Chiovenda, explica que o Estado, ao exercer a função jurisdicional, não tem a função de compor a lide, sendo possível afirmar que o processo é antítese da composição, e afirma: “a lide enquanto fenômeno sociológico, não desaparece necessariamente com o exercício da função jurisdicional, a qual se limita, na verdade, a tornar a lide juridicamente irrelevante”²⁵².

O que se observa atualmente é uma submissão irresponsável de conflitos à Jurisdição, sem qualquer avaliação sobre sua natureza. Reitera-se que a Constituição de 1988,

²⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 63-94, jan.-jun., 2010. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf. Acesso em 10 ago. 2013.

²⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, V. I. p. 68.

embora seja a diretriz de um Estado Democrático, recebeu interpretação típica do Estado Liberal.

Por muito tempo a norma constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, art. 5º, XXXV, recebeu interpretação positivista, de mera subsunção. Isto significa que o ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se apenas com o caráter formal deste direito fundamental, qual seja a “a abertura das portas do Poder Judiciário”, implantando, teoricamente, a terceira onda renovatório da Cappelletti no Brasil.

Os cidadãos brasileiros foram premiados com o acesso, em seu sentido literal, ao Judiciário de forma indiscriminada e inconsequente, pois, não existia qualquer preocupação com a solução justa e adequada dos conflitos. Aparentemente, as medidas adotadas pelo Judiciário visavam a sua própria funcionalidade, em detrimento da solução adequada dos conflitos.

A busca pela solução adequada reclama um processo de filtragem, no qual seja possível identificar os verdadeiros interesses que o movimentam, bem como os tipos de relação das quais resultam. Estes podem dar causa a uma lide - pretensão resistida²⁵³-, processual ou sociológica, aquela á a lide levada a juízo, esta é a lide relacionada aos aspectos emocionais, em geral omitidos.

André Gomma de Azevedo, faz a seguinte ponderação a respeito dos conflito:

Um conflito possui um escopo muito mais amplo do que simplesmente as questões juridicamente tuteladas sobre a qual as partes estão discutindo em juízo. Distingue-se, portanto, aquilo que é trazido pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário daquilo que efetivamente é interesse das partes. Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites dela, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.²⁵⁴

Para muito além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses,

²⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del proceso civil*, v. I, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997, p.28 *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. A Lide como Elemento Acidental da Jurisdição. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. [Orgs.] *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 10.

²⁵⁴ _____. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível

em:<http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam.

Muitos desses fatores considerados secundários por alguns operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema. A mediação deve considerar aspectos emocionais durante o processo. Ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação a fim de que as partes encontrem a solução.²⁵⁵

Como em uma reviravolta cultural, a lide processual cede espaço à sociológica, que dificilmente será solucionada por uma decisão impositiva. Isto porque ela deriva de causas emocionais, muito mais profundas que a lide processual, ou seja, apresentada em juízo. A ação de danos morais proposta por filho que viveu em abandono intelectual e afetivo decorrente da negligência de seu pai²⁵⁶, é um bom exemplo.

A lide processual será capaz de solucionar o conflito que move o demandante, qual seja a lide sociológica? Não. Ainda que a indenização seja milionária, solucionada a lide processual, o vazio emocional do autor ainda existirá. Para tais casos apenas uma solução consensual, baseada no diálogo e construída pelas partes envolvidas, será capaz de reaproximá-los.

Este é o ponto central do estudo. Nas relações cujo fundamento é patrimonial, as partes não têm qualquer intenção de prolongá-las nem sentimentos a resguardar. Em tais casos, a solução adjudicada e imposta por terceiro é adequada e suficiente para erradicar o conflito, o que não exclui a utilização da conciliação ao longo do trâmite processual.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. (Coords.) *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.34: Outro exemplo é o citado por Roberto Portugal Bacellar: “O Prof. Amauri Mascaro Nascimento, em palestra proferida há alguns anos, na Faculdade de Direito de Curitiba, em Curitiba (PR), relatou que, quando juiz do trabalho da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, teria se deparado com a situação de seguintes contornos: um empregado ingressou com ação trabalhista contra sua empregadora - dona de uma confeitaria-, alegando ter trabalhado vários anos em seu estabelecimento comercial e que nunca teria sido registrado; dizia ter feito horas extras não compensadas. Iniciada a audiência, como de praxe, o Juiz deu início às tratativas para uma conciliação. Relatou o Magistrado que, abriu o leque de opções para viabilizar um acordo com abordagens compatíveis com o conhecimento que tinha da causa. Propôs a composição, indagando da possibilidade de haver pagamento parcelado ou em percentual sobre o valor do pedido, sem que fosse possível o diálogo entre as partes, muito menos qualquer acordo. Em determinado momento, o empregado se dirigiu a ele e disse: “— Na verdade, doutor, o que eu quero é que ela aceite se casar comigo!” O Juiz, embora percebendo a total incongruência entre a afirmação do empregado e a lide processual, permitiu que esta estranha narrativa tivesse continuidade. Dizia o empregado: “Nós vivemos muitos anos juntos, ‘tocamos’ juntos a confeitaria e há alguns meses eu acabei por beber um pouco demais... Ela me expulsou de casa, trocou as fechaduras das portas e agora não quer mais se casar comigo”. O juiz – Prof. Mascaro-, constatando a absoluta incompatibilidade entre a lide processual e a lide sociológica (os verdadeiros interesses que motivaram o pedido), passou a conduzir uma verdadeira mediação: subliminarmente, buscou extrair da mulher – fictícia empregadora- seus interesses em relação ao relacionamento com o empregado, ou seja, dirigiu a abordagem no sentido de saber o que efetivamente estava acontecendo. Surgiu o fato de que estava disposta a casar com o “empregado”, exatamente como ele havia afirmado. Depois do desabafo da mulher confidenciando, entre outras situações, ser viúva, e que seu falecido marido a teria incomodado bastante, exatamente em razão do alcoolismo, respondeu que só aceitaria a proposta se ele se comprometesse a não mais ingerir bebidas alcoólicas; mediante a afirmativa do “empregado” de que teria percebido o seu erro- e com a ruptura já havia “largado de beber”-, ela, então, finalmente, teria aceitado recebê-lo em matrimônio.”

Ao contrário, se o conflito fundamenta-se em relações que perduram ao longo do tempo e que possuem uma carga emocional forte, apenas uma solução consensual será capaz de conduzir as partes à pacificação.

5.1.2 Mediação e transformação da cultura jurídica

A mediação apresenta inúmeros benefícios para o processo, porém o que mais interessa ao estudo é sua capacidade de transfigurar-se em verdadeira mola propulsora da transformação da cultura processual brasileira.

As partes podem estar envolvidas em processos destrutivos ou adversariais, sob o prisma do perde-ganha, encarados como contendores, ou construtivos de resolução de conflitos, no qual as partes concluem a relação processual com o fortalecimento da relação social preexistente à disputa.

O âmbito em que estarão é reflexo da cultura processual que os influencia. Abstratamente, nenhum dos dois modelos, construtivo ou destrutivo, deve ser considerado melhor que outro. O que torna um procedimento efetivo é o atendimento às necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate.²⁵⁷

O sentimento de satisfação dos usuários do Poder Judiciário está intimamente relacionado com a efetividade da tutela oferecida ao interesse ameaçado ou violado, e conseqüentemente será efetivo se for adequado. É notório que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo.

Tal percepção sobre a justiça do procedimento decorre do maior ou menor nível de participação dos jurisdicionados no procedimento, quanto mais o processo tender a ser construtivo, maior a percepção de justiça.

Observa-se que a participação do jurisdicionado na seleção dos procedimentos a serem utilizados para dirimir as questões aumenta significativamente essa percepção de justiça, assim como, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade no sistema.

²⁵⁷ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtiva. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (Coor.) *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19 et seq.

É preciso superar os “defeitos procedimentais”, que fazem com que o processo rendam menos do que potencialmente poderiam render. É patente a necessidade de que os novos mecanismos de resolução de disputas, permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente, fortalecendo as relações sociais, identificando os interesses subjacentes ao conflito, promovendo relacionamentos cooperativos, explorando estratégias que possam prevenir ou resolver futuros conflitos²⁵⁸. É sob este viés que a mediação deve ser observada: como um mecanismo de impulso voltado a transformação do processo destrutivo em construtivo.

A implementação de tais mudanças, em muito, são impulsionadas pelo princípio da cooperação, que cada vez mais ganha força no direito brasileiro. Reflexo dos novos tempos, a cooperação entre as partes para o bom resultado a ser alcançado através do processo, serve de fundamento à postura que se espera das partes.

5.2 Princípio informadores da mediação

5.2.1 Princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção

O princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção determina que, ao desenvolver seu ofício, o mediador proceda com neutralidade, ou seja, isento de vinculações étnicas ou sociais com qualquer das partes, bem como exige que o mediador se abstenha de tomar partido no curso da autocomposição ou expor sua proposta de solução para o conflito. Evidentemente, a imparcialidade da intervenção deve ser percebida pelas próprias partes, cabendo ao mediador conduzir o processo de forma a assegurar tal percepção.²⁵⁹⁻²⁶⁰

5.2.2 Princípio da consciência relativa ao processo

²⁵⁸ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtiva. CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (Coor.) *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21.

²⁵⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. São Paulo: Método, 2008, p. 209 *et seq.*

²⁶⁰ AZEVEDO, André Gomma de. *Op. Cit.*

Segundo este princípio, as partes devem compreender as consequências de sua participação no processo autocompositivo, bem como a liberdade de encerrar a mediação a qualquer momento. Como corolário, por esse princípio recomenda-se que as partes sejam estimuladas a tratarem a autocomposição como uma efetiva oportunidade para se comunicarem de forma franca e direta, pois, considerando a confidencialidade do que é debatido em mediação, elas somente têm a ganhar com essa comunicação aberta.

Andre Gomma de Azevedo ressalta que nas autocomposições forenses, ante a aproximação com a estrutura estatal, muitas partes demonstram receio de que o mediador conte ao magistrado os pontos materiais debatidos na mediação e, devido a essa equivocada percepção, frequentemente se abstêm de os exprimirem com franqueza ou veracidade.

E afirma que cabe ao mediador explicar adequadamente o funcionamento do processo de mediação e assegurar às partes a confidencialidade da autocomposição para que elas possam desenvolver adequada consciência quanto a esse processo autocompositivos.²⁶¹

5.2.3 Princípio da confidencialidade

Pelo princípio da confidencialidade se estabelece que as informações constantes nas comunicações realizadas na mediação não poderão ser ventiladas fora desse processo nem poderão ser apresentadas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais.

Nesse sentido, o mediador não pode servir como testemunha acerca de fato relacionado com seu ofício como facilitador de comunicações. Em regra, pode-se afirmar que a eficiência do mediador está relacionada à confiança que as partes depositam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos em mediação não poderão ser utilizados como prova em um processo judicial.²⁶²

5.2.4 Princípio do consensualismo processual

²⁶¹ AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível

em:<http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

²⁶² Ibid.

Outro elemento fundamental à mediação consiste no princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual. Por este princípio se estabelece que somente deve haver mediação se as partes consentirem espontaneamente com esse processo.

A despeito de alguns ordenamentos jurídicos estabelecerem a obrigatoriedade da autocomposição, impondo multas, por exemplo, para as partes que não aceitarem determinadas propostas de acordos, a maior parte da doutrina especializada entende que a participação voluntária mostra-se necessária, em especial em países que ainda não desenvolveram uma cultura autocompositiva, ou seja, de pacificação, adequada para a obtenção de resultados legítimos.²⁶³

5.2.5 Princípio da decisão informada

Este princípio é considerado por alguns como corolário do princípio da autonomia de vontades ou consensualismo processual. O princípio da decisão informada estabelece, como condição de legitimidade para a autocomposição, a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram.

Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio de autocomposição se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência desse seu direito subjetivo.

Da mesma forma, por razões melhor explicadas pela psicologia cognitiva, frequentemente as partes têm suas percepções, quanto aos fatos ou aos seus interesses, alteradas em razão do envolvimento emocional de uma disputa.

Nesse contexto, cabe ao mediador aplicar técnicas específicas para que as partes possam aprender a utilizar da melhor maneira possível o processo autocompositivo.²⁶⁴

²⁶³ AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

²⁶⁴ Ibid.

5.2.6 Princípio do empoderamento

O reavivamento dos métodos autocompositivos em modernos sistemas processuais, fez incorporar nestes, novos escopos, como a capacitação ou empoderamento²⁶⁵ das partes, o que viabiliza maior independência das partes para, por si mesmas, compor parte de seus futuros conflitos. Nesse contexto, o princípio do empoderamento estabelece a necessidade de um componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras. Considerando que o mediador estabelece uma relação com as partes de modo a estimular a comunicação, espera-se em razão do princípio do empoderamento que, após uma adequada autocomposição, as partes tenham aprendido, ainda que parcialmente, algumas técnicas de negociação e aperfeiçoado as suas formas de comunicação, tornando-a mais eficiente inclusive em outros contextos.²⁶⁶

5.2.7 Princípio da simplicidade

A simplicidade traduz-se na desburocratização das formas, bem como aproveitamento dos atos que não comprometam o fim buscado (instrumentalidade das formas) objetivando sempre descomplicar o procedimento, tornando-o totalmente compreensível às partes. Como nos juizados especiais o procedimento deve ser simples, natural, sem aparato, franco e espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos.²⁶⁷

5.2.8 Princípio da não-competitividade

²⁶⁵ HERMANY, Ricardo; FRANTZ, Diogo. A necessidade de empoderamento social local através do legislativo municipal na promoção dos direitos de cidadania. In.: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2009. São Paulo. *Publica Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2717.pdf> Acesso em 09 mai. 2012.

²⁶⁶ AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível

em:<http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

²⁶⁷ Ibid.

A mediação, enquanto técnica de caráter consensual, é marcada pela busca de contenção dos ânimos acirrados das partes, com vistas a fazer prevalecer nas conversações um clima de cooperação e comunicação eficiente.

A situação cooperativa será observada quando um participante do processo, ligado de forma positiva a outro, comporta-se de maneira a aumentar suas chances de alcançar o objetivo, aumentando com isso também à chance de que o outro também o faça. Diferentemente, na situação competitiva o participante se comporta de modo a elevar suas próprias chances de sucesso e diminuir as chances dos outros.²⁶⁸

5.3 Finalidades da Mediação

5.3.1 O reestabelecimento da comunicação entre as partes

O primeiro objetivo importante da mediação é permitir que as partes possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, com intuito de discutir os pontos relevantes das controvérsias e encontrar uma saída consensual para o impasse. Esta finalidade decorre especificamente do princípio do empoderamento, uma vez que a mediação tem por finalidade a responsabilização das partes pela solução de seus conflitos, celebrando acordos duradouros. Uma vez restaurada e reorganizada a capacidade de diálogo e comunicação direta entre as partes, será viável o alcance da pacificação definitiva do conflito.²⁶⁹

5.3.2 A preservação do relacionamento entre as partes

Sendo certo que um dos principais objetivos da mediação é a manutenção de relacionamentos saudáveis entre as partes depois da solução do conflito, Mauro Cappeletti e Bryant Garth asseguram que a mediação, bem como os métodos consensuais, são mais apropriados para preservar o relacionamento entre as partes envolvidas na controvérsia. A

²⁶⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. São Paulo: Método, 2008, p. 219-220.

²⁶⁹ *Ibid*, p.225-226.

harmonização dos conflitos, diante da interdependência nas relações sociais, renasce como modo de preservar as relações e evitar novos litígios.²⁷⁰

Daí Mauro Cappelletti apontar para a existência de situações nas quais a existência de situações em que a justiça conciliatória ou coexistencial é a que mais se mostra apta a gerar resultados que “longe de serem de ‘segunda classe’, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso”²⁷¹.

5.3.3 A prevenção de conflitos

A prevenção de conflitos é uma das maiores finalidades da mediação. Assim, evita-se o acirramento da potencial litigiosidade e permite, por meio do restabelecimento da comunicação entre indivíduos, que outros conflitos venham a se instalar sem possível autocomposição futura.

A proposta é que os interessados possam se observar como parceiros e não propriamente como adversários, afastando a litigiosidade remanescente.²⁷²

5.3.4 A inclusão social

O princípio da inclusão social remete ao que se examinou relativamente aos ideais do processo democrático. A participação do cidadão na busca da verdadeira e real democracia pode ser viabilizada pela mediação, momento em que às partes é concedida a oportunidade manifestar-se e contribuir para a solução do conflito e a construção da solução para a questão conflituosa.

O objetivo deste princípio é transferir para o cidadão a responsabilidade de solucionar as questões conflituosas decorrentes de seu relacionamento social, de forma que seja invocado

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Garcia Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72.

²⁷¹ Idem. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p.82-97, 1994.

²⁷² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. São Paulo: Método, 2008, p. 225-226.

a alterar sua percepção de autoridade e empodere-se dela e abandone a subordinação que possui com o juiz e com o Judiciário.²⁷³

5.3.5 A pacificação social

A mediação presta-se a pacificar com justiça. Note-se que esta tarefa não é fácil, pois devido ao seu caráter interdisciplinar, envolve o estado de espírito humano, abrangendo seus aspectos psicológicos e sociológicos, muito além do jurídico, de forma a solucionar quaisquer questões, de modo que não remanesça litigiosidade.²⁷⁴

5.4 **Processo de mediação**

O processo de mediação, assim como o processo judicial, é constituído por vários procedimentos, possui um trâmite que deve ser desenvolvido. Andre Gomma de Azevedo elenca as seguintes etapas do processo de mediação: a) início da mediação; b) reunião de informações; c) identificação de questões, interesses e sentimentos; d) esclarecimento das controvérsias e dos interesses; e) resolução de questões; e f) registro das soluções encontradas.

No início da mediação, o mediador deve apresentar-se às partes, dizer como prefere ser chamado, fazer uma breve explicação do que constitui a mediação, quais são suas fases e quais são as garantias. Deve, ainda, perguntar às partes como elas preferem ser chamadas e estabelecer um tom apropriado para a resolução de disputas. Sua linguagem corporal deve transmitir serenidade e objetividade na condução dos trabalhos.

Na reunião de informações ocorrerá a exposição das expectativas e anseios das partes relativamente à mediação. O mediador, dentre outras posturas, certamente terá escutado ativamente as narrativas e colhido as informações necessárias para iniciar a elaboração de perguntas que lhe auxiliarão a entender os aspectos do conflito que estiverem obscuros.

Após a realização dos questionamentos iniciais, o mediador será capaz de proceder à identificação de questões, interesses e sentimentos, de modo que seja possível fazer um

²⁷³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos cíveis*. São Paulo: Método, 2008, p. 225-226.

²⁷⁴ *Ibid.*

resumo do conflito, com a utilização de uma linguagem positiva e neutra. Tal resumo possui significativa importância, pois será por meio dele que as partes saberão que o mediador está ouvindo suas questões e as compreendendo. Além disso, o resumo feito pelo mediador impõe ordem à discussão e serve como uma forma de recapitular tudo que foi exposto até o momento.

Passa-se ao esclarecimento das controvérsias e dos interesses com o uso de técnicas que viabilizarão ao mediador a formulação de diversas perguntas para as partes a fim de favorecer a elucidação das questões controvertidas.

A penúltima fase, a resolução de questões será possível devido ao alcance da adequada compreensão do conflito proporcionada pelas fases anteriores. O mediador pode, então, conduzir as partes a análise das possíveis soluções para a questão conflituosa.

Finalmente, o mediador e as partes irão testar a solução alcançada instaurando a fase de registro das soluções encontradas. Na hipótese de serem satisfatórias, as partes deverão redigir um acordo escrito, se as partes desejarem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões, conforme os interesses das partes.²⁷⁵

Andre Gomma de Azevedo continua seus estudos sobre o processo de mediação e indica três pilares de fundamento: a flexibilidade procedimental; as sessões individuais; e a informalidade.

Relativamente à flexibilidade procedimental, primeiro fundamento, o autor afirma que a mediação é composta por um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente. Embora esta sequência evidencie grande utilidade no sentido de oferecer uma estrutura a seguir, o mediador possui a liberdade de, em casos que demandem abordagens específicas, flexibilizar o procedimento conforme o progresso das partes ou a sua forma de atuar. É facultado ao mediador, considerando determinadas referências técnicas, desenvolver seu próprio estilo.

Quanto ao segundo fundamento, nota-se que é uma prerrogativa do mediador realizar sessões individuais com as partes conforme considerar conveniente, por reconhecer a importância de comunicação confidencial entre as partes e o mediador.

André Gomma de Azevedo se refere ao tom de informalidade, terceiro fundamento, como algo que torne a relação entre partes e mediador mais leve. Assim, deve o mediador adotar postura isenta de qualquer alusão à ideia de “autoridade competente para julgar, solucionar” questões. A autoridade do mediador é obtida pelo nível de relacionamento que ele

²⁷⁵ AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

conseguir estabelecer com as partes. O uso de um tom de conversa, sem maiores formalidades, estimula o diálogo. “Naturalmente, tal informalidade não significa, contudo, que todos envolvidos na sessão de mediação não precisem se preocupar com uma adequada postura profissional. Assim, informalidade e postura profissional são valores perfeitamente compatíveis.”²⁷⁶

5.5 A mediação incidental e as garantias processuais: (in)compatibilidades

5.5.1 A mediação incidental

O professor Humberto Dalla faz as seguintes ponderações sobre o conceito de mediação:

Temos sustentado, numa definição simples e direta, que a mediação é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito (PINHO, 2005, p. 108). Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Quer nos parecer que a mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica.

É uma busca para a solução dos conflitos, pautado numa prática discursiva, criando através do diálogo e não da força coercitiva, uma resolução para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.²⁷⁷

Em exame mais aprofundado, o professor discute a viabilidade de a mediação, instituto eminentemente extrajudicial, ser inserido no processo, de modo incidental. Quanto ao caráter incidental não apresenta qualquer descontentamento, que não ocorre quando

²⁷⁶ AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009, 246f. Disponível

em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> Acesso em 21 mai. 2013.

²⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2012. Uberlândia. Publica Direito. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf> Acesso em 22 mai. 2013.

debruça-se sobre algumas tentativas que tendem tornar a mediação, incidental ou não, obrigatória.

A seu ver, a mediação obrigatória torna o instituto superficial, descaracterizando-o. Porém, maior rejeição apresenta à tentativa de tornar a mediação incidental obrigatória. Isto porque, caso não ocorra o acordo, as partes tendem a recrudescer seus sentimentos, incrementando a litigiosidade remanescente, que por sua vez será mais cara, lenta e inútil para a solução do conflito, que retornará ao Judiciário.

A posição de Humberto Dalla é bastante clara quanto a importância de as partes demonstrarem, antes do ajuizamento da ação, que tentaram de alguma forma solucionar consensualmente o conflito, haja vista que a máquina judiciária, neste caso ainda não terá sido movimentada.

Assim, examinando a proposta, em voga atualmente, de associar à ideia de mediação judicial obrigatória, como condição de procedibilidade, com a ideia de acesso à justiça, aduz:

A mediação não deve ser perseguida em todos os casos independente da circunstância. [...] Todo esse processo tem como essência ser voluntário, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial.²⁷⁸

E finaliza:

A mediação é uma das formas de resolução de conflitos que pode ocorrer no âmbito privado, quando as partes optam por mediar por sua própria iniciativa através de serviços privados, mas também intrajudicial, podendo ser realizada no início, durante o processo ou na fase de execução, por indicação do órgão jurisdicional ou ainda pela vontade das partes.

A par dessa evolução, não podemos concordar com a ideia de uma mediação obrigatória. É da essência desse procedimento a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública. Apesar de neste trabalho, termos nos concentrado nas questões processuais afetas a mediação, somos de opinião que o melhor modelo é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial.

Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.²⁷⁹

²⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2012. Uberlândia. Publica Direito. Disponível em:

<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf> Acesso em 22 mai. 2013.

²⁷⁹ Ibid.

A mediação incidental será bem vinda ao ordenamento jurídico brasileiro, desde que seja respeitada sua essência, caso contrário três consequências poderão ser observadas, quais sejam: a) as partes farão uma mediação simulada e, após duas ou três sessões dirão que o acordo é impossível, preenchendo, dessa forma, a condição legal que lhe foi imposta; b) as partes se submeterão a um procedimento superficial e a verdadeira questão subjacente aquele conflito, que funciona como motor propulsor oculto de toda aquela litigiosidade, não será sequer examinada; c) as partes se recusarão a participar do ato, por saberem que não há condições de viabilidade no acordo, conseqüentemente, o juiz rejeitará a petição inicial, por ausência de condição de procedibilidade, o que, provavelmente, vai acirrar ainda mais os ânimos.

5.5.2 Aspectos polêmicos da mediação incidental

Humberto Dalla se propôs a analisar a correlação entre os princípios constitucionais do processo, os princípios que regem a mediação e as consequências que decorrem de eventuais conflitos entre tais princípios quando se transpõe a mediação para dentro do processo ou para dentro da estrutura do Poder Judiciário.

A primeira hipótese a ser examinada diz respeito ao confronto entre os princípios da neutralidade e imparcialidade de intervenção; do empoderamento; e do consensualismo processual, que regem a mediação e os princípios da imparcialidade do juiz e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que regem o processo judicial.

Dessarte, se as partes decidirem por instaurar o procedimento de mediação incidental os conflitos regentes da mediação chocam-se com os do processo.

Isto porque, o processo judicial demanda julgamento, decisão impositiva de terceiro. O juiz não poderá se eximir do dever de julgar. Por outro lado, na mediação não há julgamento, há um procedimento em que as partes tomam conhecimento, em um grau mais aprofundado, da origem e da natureza do problema, percebem as dificuldades e necessidades recíprocas e, num mecanismo de cooperação e colaboração, tentam envidar os seus esforços para que aquele problema seja superado da melhor maneira possível, ou torna-lo ao menos passível de convivência, causando o menor grau de estresse entre as partes.

Decorre desta primeira hipótese uma segunda: as partes podem celebrar acordos com fundamento na equidade ou *contra legem*?

Durante o procedimento de mediação não haverá decisão, nem mesmo é dado este poder ao mediador, no entanto, ele vai ter que enfrentar a questão conflituosa apresentada e conduzir as buscas de uma solução. No Brasil não existe a exigência de prévia formação em Direito para exercer a função de mediador e considerando que as partes também não detém conhecimento técnico, é possível vislumbrar situação em que seja considerada como solução adequada pelas partes e pelo mediador, aquela que fira frontalmente a Constituição Federal, seja contrária á lei, ou seja, fundamentada na equidade, quando as partes não possuem autorização para tanto.

Este contexto de consensualidade contribui para que as partes se desprendam dos elementos dogmáticos normativos que informam o processo judicial e a petição inicial. Não são raras as vezes que durante o curso do procedimento de mediação surgem questões que não faziam parte da petição inicial. Humberto Dalla, no entanto, garante: “não há problema, porque nosso sistema processual permite que o juiz homologue um acordo que traga questões que não constavam da petição inicial. Prestigia-se o princípio do consenso em detrimento do princípio do formalismo”.²⁸⁰

Até então a hipótese não indica qualquer problema, o que se fará notar caso o acordo celebrado entre as partes, além de trazer questão que não estava prevista na petição inicial, trouxer também solução que não se mostra viável e exequível dentro do ordenamento jurídico. Humberto Dalla propõe que o juiz não deverá homologar este acordo, salvo se o juiz gozar de alguma autorização legal para decidir por equidade.

O grande desafio é defrontar-se com um acordo celebrado consensualmente, em que os interesses de ambas as partes sejam atendidos, mas que no momento de o juiz proceder à adequação do acordo ao direito positivo venha a perceber, a absoluta impossibilidade de homologação do referido acordo.

Conseqüentemente, não haverá adequação do acordo ao direito positivo, inviabilizando sua homologação. Constatar-se-á a perda de tempo, energia e dinheiro, tendo, o processo, que voltar a fase anterior à suspensão para mediação, que terá sido inútil.

A segunda hipótese a ser examinada diz respeito ao confronto entre os princípios do formalismo e publicidade, atinente ao processo e os princípios da ampla liberdade das formas, da confidencialidade e da simplicidade que regem a mediação. Tais princípios em aparente contradição necessitam conviver harmoniosamente para que a mediação incidental não seja inútil.

²⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Reflexões sobre a mediação judicial*. Disponível em <http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2013-04-19T16_28_25-07_00> Acesso em 20/04/13.

Humberto Dalla questiona: “como coadunar as seções privadas de mediação com o princípio do contraditório e da ampla defesa? Como justificar que alguns atos, no processo de mediação podem ser realizados propositalmente, sem a presença da outra partes?”²⁸¹

Como visto, durante o processo de mediação, o mediador poderá realizar sessões privadas com cada uma das partes, caso entenda que uma das partes está consciente do problema e envidando esforços para celebrar o acordo, enquanto a outra parte não conseguiu alcançar a importância daquele procedimento.

Mister destacar que, no processo judicial tais seções privadas mostram-se impossível. Em verdade, a questão merece ser mais elaborada e analisada, pois até o momento não se encontram justificativas que possibilitem a convivência harmoniosa de tais princípios.

A terceira hipótese relaciona-se ao princípio da duração razoável do processo. Atualmente, o processo judicial está sujeito a um controle temporal muito rígido, a despeito de o art. 5º, LXXVIII da CF, não impor limites rígidos e objetivos quanto ao tempo mínimo e máximo do processo.

Por outro, lado a mediação é processo artesanal, que não se compatibiliza com a imposição de limites temporais, haja vista alguns conflitos possuem origens ocultas em áreas pertinentes à psicologia e à psiquiatria, motivo pelo qual a mediação não deve se submeter aos rígidos controles que o princípio em comento impõe.

O Professor Humberto Dalla sugestiona que às relações conflituosas, submetidas à mediação judicial, não se imponham limites temporais como os da Meta nº 02 do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo. E continua:

Isto porque existem conflitos, como os de vizinhança, familiar, que não se resolvem, existem relacionamentos, cujos conflitos não serão solucionado de imediato, então as partes devem ser instruídas e conduzidas ao aprendizado da convivência em conflito. Diante da falta de solução, a capacidade de conviver com o conflito apresenta como um mal menor.²⁸²

Entende, o autor, que será preciso criar uma categoria de conflitos insolúveis. A estes incidiria o monitoramento efetuado pelo Poder judiciário. O processo não pode ser, simplesmente, extinto, sob pena de impulsionar o litigante contumaz.

Assim, o monitoramento judicial do conflito se faz necessário para que aquelas partes não deflagrem um novo conflito e, via de regra, novo processo. Haverá quem entenda que o monitoramento judicial do conflito não será responsabilidade do Estado-Juiz. Porém, o

²⁸¹ Ibid.

²⁸² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Reflexões sobre a mediação judicial*. Disponível em <http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2013-04-19T16_28_25-07_00> Acesso em 20/04/13.

professor entende que o Estado, de alguma maneira, deverá monitorar aquela situação, seja o Estado-Juiz, seja o Estado-Administração, caso em que tal função será vista como assistencialista.

A quarta situação a ser analisada é a que envolve o princípio da confidencialidade, que rege a mediação. Em síntese: tudo aquilo que ocorre durante o processo de mediação não será relatado, bem como não será reportado sequer ao juiz.

Destaque-se que todas as pessoas que participam da mediação, mediadores, comediadores, psicólogos e assistentes sociais, assinam um termo de sigilo. Isto é necessário para que as partes sintam-se à vontade para expor e buscar soluções sem qualquer receio de que isto venha a ser utilizado contra elas.

Uma questão delicada é a aquela em que, por exemplo, uma das partes confessa a prática de um crime, ou aquela em que uma das partes, envolta por um sentimento de raiva, agrida a outra parte. Pergunta-se: o dever de confidencialidade estende-se a estas duas situações limites?

Humberto Dalla, mencionando o Projeto de Lei nº 517/11, afirma que “o mediador tem a obrigação de reportar, informar, qualquer tipo de crime que seja narrado a ele no processo de mediação”. Assim, em atenção ao dever de lealdade e de transparência, o mediador deve antecipadamente alertar as partes que “a seção de mediação será confidencial, ‘exceto se os senhores confessarem a prática de crime ou efetuarem crime’ na presença do mediador.” E assegura:

Não me parece razoável, que se permita que um crime seja reportado ou confessado e o mediador oculte este fato da autoridade jurisdicional, do Ministério Público, por exemplo. Naquele momento, para fins penais, o mediador se enquadra na definição funcionário público do Código Penal, sob pena de cometer o crime de prevaricação. Esta é uma das questões que devem ser refinadas.

As seções privadas, por exemplo, o *cocus* que são regulares durante o processo de mediação, como poder-se-á afirmar que o conteúdo de determinados atos não venham a público. Será preciso fazer uma ponderação entre os princípios da confidencialidade, intimidade, e o princípio da publicidade.

Não me parece ser o caso de adotar em absoluto nem um nem outro. Será necessário amadurecer a ponderação de tais princípios no caso concreto.²⁸³

A quinta situação confronta a interdisciplinaridade, característica da mediação, e o caráter dogmático do processo, que admite como soluções apenas aquelas elencadas no ordenamento jurídico, salvo excepcionalmente.

²⁸³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Reflexões sobre a mediação judicial*. Disponível em <http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2013-04-19T16_28_25-07_00> Acesso em 20/04/13.

Naturalmente, para atingir a solução da lide sociológica, as partes envolvidas na mediação devem conhecer profundamente as questões emocionais, psicológicas que permeiam as relações continuadas entre elas.

Por óbvio, o tratamento deste conflito precisa de um acompanhamento interdisciplinar com a atuação direta de psicólogo, assistente social, e/ou médico psiquiatra em situações mais graves. Por certo, em algumas ocasiões, a solução daquele conflito estará fora do âmbito jurídico.

Isto porque, a lide sociológica irá se transmudar no pedido da petição inicial e a solução somente será eficaz se for capaz de afastá-la ou torna-la compreensível. Esse caráter interdisciplinar da mediação é incompatível com a natureza do processo, haja vista ser a solução judicial dogmática.

A última questão a ser examinada diz respeito à execução do acordo que vier ser celebrado por meio da mediação. Sua necessidade ou não será fruto da postura adotada pelas partes após a celebração do acordo.

Se as partes mostrarem-se interessadas na solução da questão é possível que seja celebrado um acordo verbal, como decorrência da conscientização adquirida pelas partes quanto à necessidade de solucionar o conflito.

Caso as partes mudem, positivamente, seus padrões de comportamento, obviamente não será necessária a execução do acordo.

Entretanto os manuais de mediação, como regra, determinam ou sugerem que ao final da mediação, havendo êxito, o mediador deverá reduzir a termo o acordo celebrado, assinado pelas partes e seus advogado, de modo a transformar em título executivo judicial o termo for submetido à homologação judicial.

O acordo poderá ser executado de maneira forçada ou pelo adimplemento voluntário. Importante observar que se ao fim, uma das partes se recusar a dar cumprimento ao determinado no acordo, o processo de mediação se mostrará infrutífero, inútil e injustificado.

Será necessário dar seguimento ao processo, que estará na fase de cumprimento de sentença, no caso de ter havido a homologação do acordo por parte do juiz.

Me parece que nestas hipóteses de mediação, até para que as partes possam dar um sinal de sua boa vontade, seria ideal que o cumprimento das obrigações se iniciasse antes mesma da homologação por parte do juiz.

Eu aqui faço menção a imposta transação penal, em que o autor formula uma proposta de acordo, o réu e seu advogado aceitam e o juiz no primeiro momento não homologa, ele suspende o processo e aguarda o cumprimento voluntário. Havendo o cumprimento voluntário, aí sim o juiz faz a homologação daquele acordo e se dá a extinção da punibilidade. Talvez, nós pudéssemos pensar, transpondo essa lógica

para a mediação civil, num mecanismo semelhante. Havendo um termo de acordo assinado pelas partes no curso de um processo judicial, o juiz antes de homologá-lo, deverá aguardar o cumprimento daquelas obrigações, salvo obviamente se for uma obrigação de trato sucessivo, algo que vai ter que ser seguido ao longo de meses ou ao longo anos, aí não se mostra razoável que o processo fique parado por tanto tempo, talvez seja o caso de aguardar o cumprimento da primeira, ou das três primeiras, obrigações como sinal de boa vontade, como sinal de boa-fé e aí sim o juiz poderia homologar aquele processo e aguardar, esperar, que não se faça necessária a execução força, a execução coercitiva.²⁸⁴

Não devem ser deixadas de lado questões importantes como a preservação das garantias constitucionais nos modelos consensuais de solução de conflitos, como forma de legitimá-los no Estado Democrático de Direito.

Caso não sejam asseguradas nos meios consensuais, principalmente os introduzidos no processo judicial, como é o caso da mediação judicial, corre-se o risco de promover um desequilíbrio desastroso entre tais mecanismos.

Isto porque, considerando que o acordo proveniente de uma mediação judicial deve ser homologado, pergunta-se: como deverá proceder o juiz no caso de uma mediação judicial que mitigou o princípio da publicidade com a realização de audiências individuais com cada uma das partes?

O mesmo desequilíbrio poderá ocorrer se as partes na realização de um acordo decidirem com fundamento na equidade ou *contra legem*. Quer-se dizer que, mais uma vez o juiz deverá adequar um acordo proveniente de uma mediação judicial, que se realizou no âmbito de um processo constitucionalizado, mas que o método consensual utilizado não contempla as garantias constitucionais de forma similar.

Objetiva-se destacar que para ser legitimada no Estado Constitucional, a mediação judicial precisa se adequar as garantias constitucionais processuais mínimas.

Entretanto como lidar como uma adequação que pode tornar rarefeitas todas as peculiaridades do instituto utilizado, qual seja a mediação judicial? Em que pese sua utilização em âmbito judicial, algumas características essenciais não podem ser irresponsavelmente relativizadas ou diminuídas, tais como a confidencialidade das informações dadas ao mediador.

Tais questões parecem insolúveis. A única certeza que pode ser afirmada é a seguinte: é preciso encontrar um ponto de equilíbrio capaz de tornar homogênea a observância das garantias constitucionais processuais tanto nos modelos consensuais de solução de conflitos como no modelo impositivo representado pela Jurisdição.

²⁸⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Reflexões sobre a mediação judicial*. Disponível em <http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2013-04-19T16_28_25-07_00> Acesso em 20/04/13.

Ao contrário, se não for encontrado tal ponto de equilíbrio entre a confidencialidade inerente à mediação e a garantia processual da publicidade, por exemplo, haverá um grande obstáculo entre os meios a ponto de inviabilizar uma eventual judicialização futura do acordo, caso este venha a ser descumprido – rememorando a hipótese de um acordo que demande cumprimento forçado, em execução.

É preciso avançar neste campo.

CONCLUSÕES

Importante destacar as conclusões que o presente estudo oferece.

1) O estado de natureza foi um período de disputas e de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos, ambiente em que a insegurança e o desejo de poder prevaleciam. Para impedir a destruição recíproca dos homens foi elaborado o contrato social, que constituiu o Estado com o objetivo de impedir a disputa de todos contra todos.

Por meio deste contrato, cada homem renunciou a parcela de sua liberdade delegando-a ao Estado. A legitimação do Estado deu-se com a criação de leis e de um aparelho repressivo por ele monopolizado, apto a assegurar-lhes a paz e a segurança que não obtinham por si sós.

2) Evidenciou-se que os conflitos jamais serão expurgados da sociedade, pois caracterizam um processo dinâmico de interação humana e de confronto de poder, por meio do qual as partes envolvidas tendem a influenciar e a qualificar o movimento da outra. Tal processo desdobra-se em três níveis (potencialidades, disposições poderes e manifestações) e possuem cinco fases (latente, início, balanceamento de poder, equilíbrio de poder e interrupção do equilíbrio).

Relativamente aos efeitos, os conflitos, dentre outras classificações, podem ser destrutivos – aqueles em que os participantes não estão satisfeitos com o resultado e sentem-se prejudicados – e construtivos – aqueles em que os participantes estão satisfeitos com seus resultados, não se sentindo prejudicados.

3) Embora não possam ser extirpados da sociedade, os conflitos podem e devem ser solucionados, o que ocorrerá de formas distintas considerando a atribuição de poder a cada parte para decidir o conflito.

A autotutela, meio mais primitivo de solução de conflitos possui previsão no ordenamento jurídico. Nela uma das partes assegura seus interesses pelo uso exclusivo da força física. Haverá, certamente, a imposição do interesse da parte mais forte à outra. Seus resquícios no ordenamento em vigor podem ser exemplificados pelo estado de necessidade e pelo exercício da legítima defesa. Desta forma, enquanto o Estado não for capaz de resolver, imediatamente, questões emergenciais a autotutela não poderá ser excluída do ordenamento.

A autocomposição é o comportamento das partes tendente a encontrar a solução para o conflito que as envolve, inexistindo a participação de terceiro incumbido de definir o impasse.

Tal método privilegia o consenso. Neste ponto é importante destacar que a disponibilidade do direito é premissa para a realização da autocomposição. Sob a vertente substancial, a autocomposição está intrinsecamente relacionada com a disponibilidade do direito material por seu titular. Sob a vertente processual, a autocomposição relaciona-se com a disponibilidade do direito de ação.

A heterocomposição caracteriza-se pela entrega da atribuição de solucionar o conflito a terceira pessoa, distinta das envolvidas no conflito, desinteressada, portanto. Nota-se que neste caso a solução do conflito será apresentada às partes impositivamente.

4) Sabe-se, empiricamente, que a heterocomposição, por motivos variados, é o método de solução de conflitos mais utilizado e por isso a análise dos modelos processuais mostrou-se imprescindível. Conforme a maior ou menor atribuição de poderes às partes ou ao juiz, o instrumento de provocação da Jurisdição, o processo, estará assentado em um dos modelos processuais, quais sejam, os tradicionais (adversarial e inquisitivo) e cooperativo.

No modelo adversarial, o processo assume a forma de competição, as partes envolvidas posicionam-se em verdadeira batalha, na qual a sentença de procedência ou improcedência configura a vitória de uma das partes. Neste modelo a passividade do órgão jurisdicional é evidente. Já no modelo inquisitorial, o órgão jurisdicional sai da passividade e assume destaque na condução do processo, protagonizando as atividades processuais.

Com fundamento no princípio da cooperação surge o terceiro e moderno modelo processual: o cooperativo. Neste, há um ponto de equilíbrio a ser alcançado na distribuição de poderes, não se oferece destaque a qualquer das partes, uma vez que objetiva-se a condução cooperativa e compartilhada do processo. Consequentemente a sentença deixa de ser objeto de disputa para ser construída pelas partes por meio de uma atividade processual cooperativa que se estenda por todo o processo.

5) É certo que o processo é um fenômeno social que se deixa influenciar pelos elementos formadores da cultura de uma sociedade, especificamente, sobre a sociedade sobre a qual as normas processuais produzidas incidirão, evidenciando que a classificação do processo em determinado modelo processual é fruto da cultura dominante e do direito por ela influenciado. Assim, o processo é instrumento que deve perseguir as finalidades e objetivos eleitos pela técnica processual, que nada mais é do que um conjunto de escolhas ideológicas, vastamente influenciadas pelos valores determinantes de um cenário social.

6) A análise específica do método estatal de solução de conflitos, qual seja a Jurisdição, exige que se caminhe no tempo e nos contextos sociológicos de modo a identificar sua evolução. O exercício da Jurisdição pelo Estado indica que o Poder Judiciário foi

incumbido de executar a função jurisdicional em regime de monopólio, vez que vedada a prática da justiça privada, foi concedido ao Estado o poder-dever de exercer, de modo monopolizado, a violência legítima.

A Jurisdição caracteriza-se por ser atividade inerte, substitutiva e com definitividade, regida pelos princípios da investidura da indelegabilidade, da aderência ao território, da inércia, da indeclinabilidade e da unidade, dotada dos poderes de decisão, de coerção, de documentação, de conciliação e de impulso.

Incidiram sobre a Jurisdição, mudanças estruturais a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado Constitucional. Exemplificam tais mudanças, a preocupação do magistrado, durante o Estado Liberal, em declarar, estritamente, o direito positivado em lei, desconsiderando as implicações decorrentes da igualdade material. Já no Estado Constitucional, o magistrado volta sua atenção à concretização das normas constitucionais e da manutenção da constitucionalização do direito como um todo, em especial, do Direito Processual Civil.

A Jurisdição no Estado Constitucional pós-positivista permite o exercício de uma interpretação crítica da lei em face da Constituição Federal, projetando a norma adequada ao caso concreto.

07) Consequentemente, o processo também foi atingido pela mudança de ideais que o pós-positivismo efetuou na Jurisdição. A partir do momento em que a Constituição Federal foi lançada ao centro do ordenamento jurídico, o Direito Processual Civil precisou adequar-se a nova realidade e o fez através da constitucionalização do processo. Foram superados antigos dogmas da cultura processual e definidos novos paradigmas.

Um destes paradigmas é o que exige a adequação do processo aos anseios constitucionais, transformando-o em instrumento de realização dos direitos fundamentais e garantias processuais que decorram dos princípios constitucionais, que devem ser refletidos no desenvolvimento do processo.

O processo ao assegurar as garantias constitucionais bem como ao assegurar os direitos fundamentais permite que sua dimensão social sobreponha-se aos interesses individuais das partes em conflito passando a tutelar o interesse comum, o que resultará num processo justo dotado de garantias estruturais e individuais.

São garantias estruturais do processo justo: acesso à justiça; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos do pobre; juiz natural; inércia; contraditório; oralidade; coisa julgada; e direito a renúncia à tutela jurisdicional.

São garantias individuais do processo justo: impessoalidade da Jurisdição; permanência da Jurisdição; independência de juízes; motivação das decisões; igualdade concreta; inexistência de obstáculos ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de Jurisdição; e respeito à dignidade humana.

08) A inserção do princípio político da democracia participativa no processo tem por objetivo torná-lo mais democrático e participativo, ou seja, pretende-se com tal medida fomentar a participação das partes no transcorrer do processo, visto que tal percepção da democracia reflete-se diretamente na distribuição de poder igualmente entre as partes, com vistas a permitir que sejam capazes de influenciar decisivamente a solução final.

Novamente desponta o princípio da cooperação e do contraditório como molas propulsoras da transformação processual tendente à desangularização das relações de poder, de forma a transformar a solução do conflito em uma justificação racionalmente aceita e compreendida como justa por todos sobre os quais incidirá. Portanto, o processo deve ser compreendido como uma instituição dialética a desenvolver-se sob a égide do contraditório participativo.

Por sua vez, o aumento da participação das partes exige a sua conscientização acerca da corresponsabilidade que possuem em relação à solução dos conflitos que lhes submetem. Assim o processo será mais participativo e democrático à proporção que as partes tomem para si a responsabilidade que o empoderamento lhes impõe.

A solução apresentada para alcançar tais objetivos é o desenvolvimento de uma cultura jurídica de menor beligerância, mais tendente à solução pacífica dos conflitos. E, o fator mais indicado pela doutrina para fomentar a conhecida cultura de sentença, em oposição à cultura de litígios, é a implementação de meios consensuais de solução de conflito no âmbito da Jurisdição. Isto por considerar que a Jurisdição não deve ser descartada, mas sim utilizada de modo subsidiário.

Para promover o fomento da conscientização/responsabilização das partes pela solução do conflito e concomitantemente a cultura de sentença o Poder Judiciário implementou, de forma concreta, a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do processo através da resolução 125/2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Tal resolução é um marco na mudança de postura do Poder Judiciário brasileiro, vez que reconhece suas deficiências e apresenta solução levada a efeito e que já apresenta resultados, regulamentando a mediação judicial.

9) A política de estímulo às soluções consensuais apresentadas pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça possui como principal objetivo o incremento da utilização da mediação judicial.

Dentro da classificação dos meios de solução de conflitos, a mediação é identificada como autocomposição bilateral facilitada e será utilizada na hipótese de as partes desejarem aplicar tal técnica ao processo judicial para afastar a solução adjudicada e optar por uma solução que seja fruto do consenso e do trabalho conjunto das partes, da jurisconstrução.

A mediação é o instrumento que concretizará a justiça coexistencial, compatibilizando interesses aparentemente contrapostos, sendo o caminho mais indicado para acelerar o processo de participação das partes e, portanto, de democratização do processo, através de uma postura cooperativa e comunicativa. Espera-se que ocorra, paulatinamente, a adesão à cultura de sentença, de consenso.

Torna-se viável a compatibilização, em um mesmo sistema, do método de solução impositivo de conflitos e do método de solução consensual de conflitos, conforme a natureza da relação, a livre manifestação das partes e disponibilidade do direito em questão.

Em síntese, a mediação é composta de três elementos básicos: as partes envolvidas no conflito, a contraposição de interesses e um terceiro neutro com aptidão para auxiliar as partes. Existem duas formas básicas de se estabelecer as metodologias e premissas na busca da solução mediada: “*rights based*” e “*interest-based*”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a mediação ativa não encontra guarida, optando-se pela mediação passiva, haja vista a intensa preocupação com a desconfiguração do instituto, que encontra duas grandes barreiras para sua efetiva aplicação no Brasil, quais sejam: as barreiras pessoais e institucionais.

Por muito tempo a interpretação errônea da garantia fundamental do acesso à justiça deixou um rastro de zelo excessivo com a lide processual, ignorando-se a lide sociológica. Nem sempre a solução daquela implica na solução desta, perpetrando conflitos remanescentes.

A solução impositiva é capaz de solucionar momentaneamente a lide processual, porém somente um diálogo produtivo incentivado por um processo democrático e participativo é capaz de solucionar a lide sociológica, hipótese em que o conflito possui chances verdadeiras de ser superado. Por óbvio, a utilização intensa da mediação judicial será capaz de oferecer solução efetiva e eficaz aos conflitos, conseqüentemente será incutido no

inconsciente coletivo a percepção dos benefícios da aplicação da mediação judicial, incidental.

Tal instituto possui os seguintes princípios informadores: da neutralidade e imparcialidade da intervenção; da consciência relativa do processo; da confidencialidade; do consensualismo processual; da decisão informada e as seguintes finalidades: reestabelecimento da comunicação entre as partes; da preservação do relacionamento entre as partes; a prevenção de conflitos; inclusão social; e pacificação.

A mediação fundamenta-se em três pilares: flexibilidade procedimental; sessões individuais; e informalidade, uma vez iniciada, as seguintes etapas deverão ser observadas: início da mediação; reunião de informações; identificação de questões, interesses e sentimentos; esclarecimento das controvérsias e dos interesses; resolução de questões; e registro das soluções encontradas.

A modalidade incidental de mediação é bem aceita pela doutrina brasileira, com a ressalva de que a voluntariedade deva ser atendida. Não deverá ser levada a efeito qualquer medida tendente a tornar a mediação incidental obrigatória, sob pena de esta sofrer o mesmo desgaste que a audiência preliminar sofreu, perdendo sua essência.

Algumas questões polêmicas resultam da tentativa de compatibilizar, em um mesmo sistema, um método impositivo e um consensual de solução de conflitos. Isto porque tanto a mediação quanto o processo são instituto bem desenvolvidos individualmente e a aplicação compatibilizada de ambos exige algumas adequações e flexões questionáveis relativamente a ambos.

Ainda não são encontrados pontos de equilíbrio que respondam aos seguintes questionamentos: há a possibilidade de um acordo ser celebrado *contra legis* ou por equidade? Como deve ser a compatibilização entre o formalismo (valorativo) e a publicidade que o processo exige com a simplicidade, informalidade, confidencialidade inerentes à mediação? Como assegurar a razoável duração do processo e o tempo indefinido que deve ser destinado à realização da mediação? Tais questionamentos são bons exemplos acerca da necessidade de aprofundamento que o tema exige.

A solução de tais questões demonstra-se essencial para a utilização conjunta de tais métodos e para que seja alcançada a mudança da cultura jurídica que o novo cenário social exige. As garantias fundamentais devem ser asseguradas em mesmo nível capaz de manter o equilíbrio entre os métodos e permitir que transitem livremente um pelo outro sem que o processo justo seja depredado.

Note-se que é necessário um abrandamento da confidencialidade que cerca a relação entre parte e mediador, por exemplo, de forma que as condições de temperatura e pressão não descaracterizem a mediação tornando-a outro instituto qualquer. A necessidade é de equilíbrio. No entanto, somente o tempo e a utilização em larga escala da mediação serão capazes de depurar as questões aqui evidenciadas e oferecer respostas plausíveis.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.* Brasília, ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_23_06.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: UNAM, 2000. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, p. 185-208, maio 2011.

AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valência: Tirant lo blanch, 2001.

_____. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valência: Tirant lo blanch, 1999.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 353-362.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtiva. In.: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51-67.

_____. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. [S.l.: s.n.], 2009. 246f. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf> . Acesso em: 21 mai. 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. (Coords.) *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31-37.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./ maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> . Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 76, nov./jun. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/52440>>. Acesso em: 6 fev. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos e Direito de família*. Curitiba: Juruá, 2006.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil: notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Luiz Yarshell*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. V. I. .

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade. *Revista Jurídica*, [S.l], n. 297, p. 12-18, jul. 2002.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 127-143, jan. / mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Garcia Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____; GARTH, Bryant. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p.82-97, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei n.9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del proceso civil*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. V.I.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito procesual civil*. Ed. Port. Saraiva, V. II, 1943.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 131.

CIVITA, Victor. *Grande dicionário Larousse cultural da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto de CPC: análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 190, p. 257-269, dez 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. V. I.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (Coord.) *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 427-439.

_____; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais nos tribunais*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Malheiros, 2002. V. I.

DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile: Comisión Econômica para America Latina y Caribe, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.

FIGLIOLI, José Osmir; FIGLIOLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia aplicada ao Direito*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FUX, Luiz. O Novo Processo. In: FUX, Luiz. [Coor.] *O Novo Processo Civil Brasileiro (Direito em Expectativa)*: reflexões acerca do Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-24.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Teoria Geral da mediação à luz do projeto de lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1-34.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.I.

GRECO Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

_____. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. I.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Coords.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308.

_____. O princípio do contraditório. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 33, n. 164, p. 29-56, out, 2008.

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*, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26126>>. Acesso em: 2 dez. 2009.

_____. Os fundamentos da Justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coords) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-5.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HERMANY, Ricardo; FRANTZ, Diogo. A necessidade de empoderamento social local através do legislativo municipal na promoção dos direitos de cidadania. In.: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2009. São Paulo. *Publica Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2717.pdf> Acesso em 09 mai. 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Disponibilidade do objeto litigioso como condição de transigibilidade nas demandas em face da Fazenda Pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2593, 7 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17135> Acesso em: 17 abr. 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*. São Paulo: Manole, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. In: *Separata da Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 93, n. 820, p. 47, fev. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. *Biblioteca Digital Jurídica*. Data de publicação: 21 mar. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1> Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5281>>. Acesso em: 30 maio 2013.

MARIQUITO, Carla da Silva. O processo civil sob a influência dos valores constitucionais. *Revista Eletrônica de Direito Processual* Rio de Janeiro, ano 6, v. 9, p. 29-59, jan./jun., 2012. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_9a_edicao.pdf . Acesso em 10 ago. 2013.

MELO FILHO, Álvaro. Novas diretrizes para o ensino jurídico. *Revista de Processo*. São Paulo. n. 74, p. 102-111, 1994.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Dicionário de Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147f. Tese. Faculdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178> . Acesso em 30 mai. 2013.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V. II.

MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey Bass, 1986.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa . Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 380-394.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 126- 137, 1994.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-68.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006): do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 31, n. 137, p. 137, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011. p. 151-172.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9 ed, Salvador: JusPodivm, 2011. p. 139-150.

_____. Garantia do Contraditório. *Genesis Revista de Processo Civil*. v. 10, p. 667-680, out. - dez., 1998.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba. v. 8, n. 27, p. 22-51, jan.-mar. 2003.

Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Antonio Cezar Peluso, Presidente; Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Vice-Presidente : sessão

solene realizada em 23 de abril de 2010 [recurso eletrônico]. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em :
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_na_Presidencia__Min._Cezar_Peluso.pdf> Acesso em: 03 mar. 2012.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 339, p. 127-141, jul./set., 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 63-94, jan.-jun., 2010. Disponível em:
http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf . Acesso em 10 ago. 2013.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 3. ed. Ampl. Ver. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 2012. Uberlândia. *Publica Direito*. Disponível em:
<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf > Acesso em 22 mai. 2013.

_____. *Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012. V. II.

_____. *O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190 t.1, p. 219-235, abr./jun. 2011.
Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>> Acesso em 03/03/12.

PISANI, Elaine Maria; BISI, Paulo Guy; RIZZON, Luis Antônio; NICOLETTO, Ugo. *Psicologia Geral*. 11 ed, Petrópolis: Vozes, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. Contratualismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Editora Unisinos, 2006.

REALE, Miguel. Conceito de Cultura: seus temas fundamentais. In: REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUMMEL, Rudolph. *Understanding conflict and war*. New York: Jhon Wiley and Sons, 1976. V. 2.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. I.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. São Paulo: Freitas Bastos, 1966. V. II.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 158, p. 09-19, abr. 2008.

_____. Democracia Moderna e Processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 98-113.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des) apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 21-60.

_____. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007, 476f. Tese. Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 16/10/2007.

_____; GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/334/mediacao-de-conflitos-a-partir-do-direito-fraternal.html>> Acesso em 06 fev. 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

_____; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lesione sul Processo Civile*. 2. ed., il Mulino, Bologna, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 168, ano 34, p. 107/141, fev., 2009.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Max Weber: o processo de racionalização e o desencantamento do trabalho nas organizações contemporâneas. *Revista de Administração Pública*: Rio de Janeiro, 43(4):897-918, jul./ago, 2009, p.903 - 904. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n4/v43n4a07.pdf>> Acesso em: 07 mai. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 38, p. 66-76, set. - out., 2010.

WANBIER, Luiz Rodrigues; WANBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.) *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.