

uma solução adequada do problema e um harmônico balanceamento dos interesses em jogo.⁷⁹ Dentro dessa perspectiva, a solução adequada do problema, no ambiente processual, só pode ser alcançada ponderando os sobreprincípios da efetividade e da segurança. E é este último que prevalece na hipótese da tutela condenatória, que nem por isso deixa de ser menos tutela do que as outras espécies, pois concede ao autor tudo aquilo que ele poderia alcançar no horizonte do direito material a ela subjacente, sem afrontar as garantias fundamentais da contraparte, fator ineliminável e inafastável.

Observo, *en passant*, que se tem preconizado, aqui e ali, a impossibilidade de se considerar o efeito condenatório como forma de tutela jurisdicional, visto que não produziria qualquer alteração no mundo fático, só no mundo jurídico, determinando apenas um dever-ser e não uma alteração no ser. É preciso compreender, contudo, que a tutela jurisdicional não é regida apenas pelo sobreprincípio da efetividade, sujeitando-se também aos ditames do sobreprincípio da segurança, fator aliás constante no ambiente processual. Seria inviável, em face deste último, o emprego da tutela executiva *lato sensu*, pois, por hipótese, a execução atingiria bens não pertencentes ao exequente, passando o processo em conseqüência a exigir maiores formalidades, em prol do direito de defesa do executado (v.g., manifestação sobre o bem penhorado, sobre a avaliação deste, sobre a própria legalidade da execução etc.). É de justiça reconhecer que Pontes de Miranda já havia se apercebido de ocorrer a distinção entre a ação executiva real (v.g., reivindicatória) e as ações de condenação e executiva por créditos da circunstância de que na primeira é pedido que "se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado e se lhe entregue", enquanto nas segundas "os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito".⁸⁰ No entanto, o grande jurista não esteve advertido de que a diferença decorre no fundo do *sobreprincípio da segurança*. De qualquer modo, sua justificativa entra em conflito com a teoria da ação de direito material, visto que, sendo esta impregnada apenas por elementos de direito material, não poderia ser informada por princípios próprios da tutela jurisdicional, entre os quais se inscreve o da segurança.

Pouco importa, outrossim, venha a se realizar *ex intervallo* em outro processo a realização prática do comando condenatório, como ocorre atualmente no sistema brasileiro, ou em outra fase do mesmo

processo, como previsto no Projeto que trata do cumprimento da sentença, ora em tramitação no Senado Federal (PLC 52/2004). Em um e outro caso, a exigência de maiores formalidades e de maior amplitude do direito de defesa não podem ser afastadas pelo legislador, que não é nem pode ser onipotente. Daí ter sido mantida no Projeto, como não poderia deixar de ser, a ouvida do executado sobre os bens penhorados, a avaliação destes e até a possibilidade de impugnação incidental à execução, nova denominação dos embargos do executado. Procurou-se, é certo, de forma elogiável, deformalizar a realização prática do julgado condenatório, com vistas ao *sobreprincípio da efetividade*, mas o *sobreprincípio da segurança* não poderia ser inteiramente desprezado, pelas razões anteriormente mencionadas. Diante dessas ponderações, não tenho dúvida em afirmar que, mesmo depois de transformado em lei o Projeto 52/2004, a tutela continuará a ser condenatória, nada obstante as simplificações formais introduzidas.

Saliento, finalmente, que a classificação das tutelas jurisdicionais de modo nenhum pode ser confundida com a das sentenças de procedência.⁸¹

Em primeiro lugar, porque a classificação destas leva em conta exclusivamente a *eficácia* e não os efeitos. Mais precisamente, tal nomenclatura considera apenas a eficácia principal da sentença, o que Pontes de Miranda designa de força, atribuindo-lhe peso 5, na sua visão matemática do problema. Trata-se, aí, do que a melhor doutrina entende ser a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos e que se encontraria no conteúdo da sentença, antes do efeito, sendo este necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz.⁸²

Além disso, a tutela jurisdicional pode ocorrer com ou sem o acolhimento da demanda. Não bastasse isso, a sentença é apenas o ato do juiz, enquanto a tutela compreende, além da eficácia, também os efeitos substanciais produzidos na esfera jurídica das partes, em decorrência do comando sentencial. Na perspectiva adotada no presente ensaio, na linha da elaboração doutrinária de Falzea, a eficácia é ato de vontade (valorizado pelo direito), enquanto o efeito é valor jurídico, fenômenos substancialmente diversos, inconfundíveis entre si, embora inter-relacionados.

81 Como sugere Luiz Guilherme Marinoni (*Da ação abstrata e uniforme...* cit., p. 36), em crítica a meu posicionamento.

82 Assim, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira (*Conteúdo e efeitos da sentença...* cit., item 1, p. 175-176, item 7, p. 182), ressaltando ainda que o conteúdo é algo interno à sentença e o efeito, algo projetado no mundo exterior.

79 Angelo Falzea. *Eficácia jurídica* cit., n. 16, p. 61.

80 Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. X, p. 495-496.



Processo e procedimento

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E ACESSO À JUSTIÇA: A INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL RECOLOCADA

CARLOS ALBERTO DE SALLES*

SUMÁRIO: 1. Uma questão recolocada – 2. O sentido da garantia de inafastabilidade: 2.1 Pressupostos processuais; 2.2 A constitucionalidade da arbitragem – 3. A jurisdição e suas alternativas – 4. Os mecanismos alternativos – 5. Processos de adjudicação: foros administrativos – 6. Processos de adjudicação: arbitragem – 7. Processos de adjudicação: outras possibilidades – 8. Processos consensuais – 9. Processos mistos – 10. O gerenciamento de processos (*case management*) no Brasil – Conclusão.

1. UMA QUESTÃO RECOLOCADA

O presente trabalho busca estabelecer a relação entre a garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional e os mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Mais exatamente, pretende-se investigar se é juridicamente viável e conveniente o desenvolvimento de políticas restritivas ao acesso à justiça, baseadas na remessa das partes a soluções alternativas, como forma de solucionar – ou, pelo menos, minorar – a crise do Poder Judiciário,¹ com o objetivo de permitir respostas mais ágeis e adequadas à solução de conflitos.² Até que ponto são possíveis, no quadro constitucional brasileiro, medidas limitativas ao acesso à Justiça? E, se possíveis, seriam elas convenientes da pers-

pectiva de uma política de atendimento estatal às controvérsias surgidas na sociedade?

Tais questões somente têm sentido se a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional puder ser entendida de forma a permitir a assimilação pelo sistema jurídico de mecanismos alternativos à prestação do serviço judiciário pelo Estado. Nesse sentido, recoloca-se a questão da inafastabilidade, tornando necessária uma nova consideração teórica, capaz de responder a uma tendência atual de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias.³ Não se trata de enfraquecer a garantia constitucional, mas de apontar caminhos para seu o correto entendimento em face dos desafios colocados por uma realidade de constante transformação da atividade jurisdicional do Estado brasileiro.⁴

* Mestre e doutor pela USP. Professor doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Professor do mestrado da Universidade Católica de Santos – UniSantos. Promotor de Justiça em São Paulo. Vice-presidente de Estudos e Pesquisa do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – Cebepej.

1 Para uma avaliação da crise mencionada, v. Ministério da Justiça (Brasil), *Diagnóstico do Poder Judiciário*, Brasília. Disponível em: <www.mj.gov.br/noticias/2004/agosto/rls160804-reforma.htm>. Acesso em: 29.01.2006.

2 "A lentidão processual explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais, e at está o motivo pelo qual o fenômeno da *Alternative Dispute Resolution* (ADR, na sigla atual) encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 8.ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3).

3 Embora falem estatísticas para comprovar tal afirmação, alguns fatos apontam nesse sentido. A aprovação e consolidação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1995) demonstram esse fato. Também a existência de Projeto de Lei tratando da mediação (PLC 94/2002 – Senado Federal; Projeto de Lei 4.827-b/1998 – Câmara) contribui no mesmo sentido. Exatamente por se tratar de mecanismos alternativos, muitos dos quais desenvolvidos em esfera estritamente privada, difícil a quantificação numérica do crescimento apontado no texto.

4 A EC 45, de 08.12.2004, foi apenas o ponto culminante de um intenso ciclo de reformas do sistema judiciário brasileiro, iniciado em 1994, no qual já foram aprovadas pelo menos 24 leis com influência direta sobre o Código de Processo Civil e há pelo menos outros 17 projetos de lei em tramitação, de autoria e patrocinados pelo Poder

O próprio conceito de jurisdição, nesse contexto, resta fortemente impactado, com vários elementos centrais à sua definição colocados em xeque. Alguns dos chamados mecanismos alternativos de solução de controvérsias propõem-se a substituir inteira e definitivamente a jurisdição estatal. Outros se colocam como requisitos à prestação de jurisdição pelo Estado, apresentam-se como sucedâneos válidos a seu exercício ou trazem-lhe uma completa inversão de objetivos, no sentido de dar ênfase às soluções consensuais.

Nessa perspectiva, detalhada nos itens subsequentes, uma aplicação literal da garantia constitucional em estudo pode inviabilizar a utilização de mecanismos alternativos, apresentados como respostas aos problemas do Judiciário brasileiro.⁵ Assim, este trabalho toma por pressuposto a afirmação de que o conceito de inafastabilidade da tutela jurisdicional merece uma consideração diversa daquela advinda de um entendimento literal do texto constitucional.

O problema da inafastabilidade teve grande apelo, despertando a atenção do direito processual,⁶ durante os períodos de instabilidade democrática e constitucional vividos pelo País, em especial após a ascensão do regime militar de 1964.⁷ A sucessão de atos institucionais e complementares, secundados por emendas constitucionais também de cunho autoritário, limitaram de forma sensível essa garantia constitucional.⁸

Executivo, dentro do chamado "pacote republicano", que visa a implementar no plano infraconstitucional a emenda constitucional referida de início.

5 V. nota 1, supra.

6 Na doutrina de processo, v. Kazuo Watanabe, *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*, São Paulo: RT, 1980; e Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: José Bushatsky, 1975.

7 Para um relato das limitações impostas a esta garantia pela ditadura militar, v. Watanabe, *Controle jurisdicional...* cit., p. 39-48.

8 O Ato Institucional 5/1968 tornara insuscetíveis de apreciação judicial todos os atos praticados com base nos atos institucionais baixados pela ditadura. Ainda sob o regime da Constituição anterior, a EC 11 veio a revogar todos os atos institucionais, mas ressaltou expressamente "os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial". Também a Emenda 7/1977, parte do chamado "pacote de abril", também havia trazido limitações à garantia constitucional estudada. Para um relato das limitações autoritárias à garantia de inafastabilidade, v. Watanabe, *Controle jurisdicional...* cit., p. 15-16 (nota 38 e 40).

A democrática Constituição de 1946 introduziu de forma expressa a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional no direito brasileiro (art. 141, § 4.º),⁹ ausente do texto das constituições anteriores, das quais se poderia inferir essa norma não colocada de forma expressa.¹⁰

Sob o enfoque de garantia contra o arbítrio e remédio contra aventuras antidemocráticas, a inafastabilidade é, de fato, elemento fundamental do Estado de Direito, constituindo um instrumento indispensável à efetividade dos direitos, sendo imprescindível sua presença no rol constitucional de direitos fundamentais. Importante, nesse sentido, a irrestrita dicção dada pela vigente Constituição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, XXXV).

Em regimes de normalidade democrática, essa norma pouco mais significa que um marco normativo e uma referência histórica fundamental para o balizamento do sistema jurídico. Norma daquelas cuja importância não se discute, mas em relação à qual não surgem maiores controvérsias quanto à sua interpretação. Em tais condições, o comando constitucional não desperta maiores atenções e sua aplicação pouco tem de problemática.

O desafio colocado presentemente, no entanto, surge do crescimento, nos últimos anos, da utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias como medidas de substituição ou de apoio à jurisdição estatal.¹¹ O advento da Lei 9.307/1996, viabilizando em termos legislativos a arbitragem e a crescente utilização desse instituto,¹² é exemplo eloquente do crescimento desse tipo de mecanismo.

A referida crise da jurisdição estatal reforça a necessidade de se lançar mão de mecanismos alternativos. Tal crise não é apenas relacionada ao grande número de feitos, mas também qualitativa, isto é, referida à adequação das soluções produzidas pelo

9 O dispositivo constitucional tinha a seguinte redação: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

10 Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: RT, 1974. p. 109; também: WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional...* cit., p. 27.

11 V. nota 3, supra.

12 Vide, confirmando essa apreciação, o testemunho de Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem em processo*: um comentário à Lei 9.307/96, 2. ed., São Paulo: Atlas, p. 19-22. Citando estatísticas de determinada entidade, v. o artigo de Fátima Laranjeira e Angelo Augusto Costa, O uso do mecanismo cresce no Brasil, *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 04, 05 e 06.05.2001. Disponível em: <www.crasp.com.br>.

sistema estatal.¹³ Se nos Estados Unidos apenas uma pequena quantidade de casos chega às cortes e destes apenas uma pequena porcentagem chega a julgamento, sendo resolvidos precocemente mediante acordo,¹⁴ no Brasil, ainda que não haja estatísticas a esse propósito, é intuitivo afirmar que a grande maioria dos processos absorvidos pela máquina judiciária estatal termina com uma decisão judicial, após longa instrução e esgotamento de vias recursais.

Mesmo considerando não ser a experiência estrangeira um parâmetro necessário, sabedores de estarem em jogo diferentes condicionantes institucionais e culturas jurídicas,¹⁵ forçoso reconhecer a oportunidade de qualquer iniciativa no sentido de criar alternativas para a solução de conflitos fora do aparato judiciário estatal ou, ao menos, com menor dispêndio de recursos, tempo e pessoal. Diante desse quadro, surgem propostas que vão de tornar compulsório o esgotamento prévio de mecanismos tendentes à promoção de uma solução amigável à obrigatoriedade do recurso a vias alternativas.

Uma questão prévia a ser colocada em um plano estritamente jurídico é, exatamente, saber até que ponto tais mecanismos e propostas são viáveis diante da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional e podem ser adotadas sem ofensa à Constituição. O presente trabalho discute e propõe algumas respostas a essa indagação.

2. O SENTIDO DA GARANTIA DE INAFASTABILIDADE

A norma constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, também conhecida como

13 Cf.: GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, p. xii, 1989.

14 Cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 7.ª Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 165-169. No mesmo sentido: WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Yarshell, Flávio Luiz e Moraes; ZANOIDE, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 688. Confirmando a informação, mas posicionando-se criticamente, v.: FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: RT, 2004. p. 121-145.

15 Na sempre oportuna lição de José Carlos Barbosa Moreira, "no caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas – o brasileiro, de linhagem européia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito afeiçoado à formação jurisprudencial do direito" (*Temas de direito processual*, 8.ª série, cit., p. 9-10).

princípio da proteção judiciária¹⁶ ou a ubiqüidade da justiça,¹⁷ conduz, em primeira leitura, à afirmação de estarem vedadas quaisquer formas de exclusão de apreciação de litígios pelo Poder Judiciário. Não obstante a norma mencione que "a lei não excluirá", o comando constitucional deve e vem sendo entendido no sentido de obrigar não apenas ao legislador, mas também ao aplicador do direito, juiz ou administrador, impedindo qualquer forma de limitação à prestação jurisdicional estatal. A lei não excluirá, mas também não o poderá fazer o juiz na decisão de um caso ou o administrador público por ato administrativo ou regulamentar.¹⁸

Para além da vedação expressa, a garantia do inc. XXXV do art. 5.º da CF pode ser entendida como "direito à prestação jurisdicional".¹⁹ Quer dizer, a regra constitucional estabelece uma proibição à restrição do acesso à justiça, mas garante, também, por via transversa, o direito de acesso à prestação jurisdicional do Estado diante de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

A partir da vigência da norma introduzida expressamente em nosso sistema pela Constituição de 1946,²⁰ cogitou-se tratar a garantia apenas daqueles direitos do indivíduo contra o Estado, no sentido de direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos. O dissídio interpretativo instaurou-se em razão da menção a direito "individual", então existente, mas não presente na Carta vigente.²¹ Com o desenvolvimento da discus-

16 V.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 19.

17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 108.

18 Dito de outra forma: "os legisladores ordinários nenhuma regra podem editar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que exclua (coisa julgada material) a cognição pelo Poder Judiciário, se a res deducta é direito individual. Não se diz que não haja coisa julgada administrativa; o que se enuncia é que a lei não pode excluir o exame judicial, ainda que para verificar se houve aquela coisa julgada. Por outro lado, tratando-se de discussão em torno de direito individual, não se conformando com o decidido, pode propor ação individual" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 108-109).

19 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 18. José Alfredo de Oliveira Baracho (Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público* 68/74, out.-dez. 1983) fala em "direito à jurisdição" para se referir à garantia estudada.

20 V. nota 10, supra.

21 Colocando essa discussão e se posicionando pela interpretação mais abrangente, v. M. Seabra Fagundes, Bancos – Liquidação extrajudicial – Competência do Poder Judiciário, *RF* 173/107-112, set.-out. 1957. Esse

são, consolidou-se a posição de a garantia abranger lesão de direito em sentido lato, incluindo aqueles em que pessoas privadas fossem sujeitos ativos ou passivos. A referência constitucional passou a ser entendida como indicativa da matéria que poderia ser *res in iudicium deducta*.²²

O atual conteúdo da cláusula constitucional não pode ser entendido apenas sob a ótica da vedação constitucional. Deve-se considerar, também, o aspecto da obrigação de prestação do serviço pelo Estado. Nesse sentido, a garantia adquire uma feição prestacional,²³ isto é, não de simples garantia passiva, mas de uma prestação a ser ativamente prestada pelo Estado.²⁴

É necessário, portanto, entender a garantia da inafastabilidade sob o duplo enfoque, de vedação constitucional e prestação devida pelo Estado ao jurisdicionado.

Vista a questão sob a lógica exclusiva da vedação, limita-se o alcance da problemática e o sentido da garantia constitucional no contexto da sociedade e do Estado contemporâneos. A prestação jurisdicional, implicitamente garantida pela norma constitucional, é o dado mais relevante a ser considerado na atual interpretação do preceito. Não significa esvaziar de sentido a proibição de exclusão de apreciação judicial, marco essencial do sistema e fundamental contra aventuras autoritárias, mas de reforçar e dar correto entendimento ao caráter prestacional da norma.

Esse enfoque permite um alargamento do entendimento dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias diante da garantia da inafastabilidade. Quer dizer, estes deixam de ser considerados formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistos como instrumentos auxiliares desta última no atingimento de seu objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias. Vistos dessa maneira,

parecer, versando sobre uma limitação legal relacionada à liquidação extrajudicial de instituições financeiras, é referência freqüente para os que escreveram posteriormente sobre o tema.

- 22 A colocação é de Pontes de Miranda, op. cit., p. 107-108; também Grinover, op. cit., p. 17.
- 23 Sobre a noção de direitos prestacionais, v. Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7-13; 33-143.
- 24 Discutindo os reflexos para o Judiciário das mudanças de orientação do Estado contemporâneo de uma noção de "liberdade negativa" para outra de "liberdade positiva", v. Tercio Sampaio Ferraz Junior, *O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?* Revista da USP 21/12-21, mar.-maio 1994.

os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário.

Pode-se, objetar, no entanto, a ocorrência de uma exclusão absoluta ou temporária do acesso à justiça naquelas situações de obrigatoriedade de utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, seja pela vontade das partes, como seria o caso da arbitragem, seja pela remissão das partes a mecanismos prévios de conciliação extrajudicial, como se pretende na proposta de mediação em discussão no congresso.²⁵

Bem examinadas a doutrina e jurisprudência brasileiras, no entanto, não é essa a resposta que vem sendo dada a esse tipo de indagação, para qualquer das hipóteses levantadas – a arbitragem e o condicionamento a requisitos para obtenção de um provimento de mérito.

2.1 Pressupostos processuais

Primeiro, cabe lembrar que para obter uma prestação jurisdicional, no sistema processual brasileiro, em processo de conhecimento ou de execução, deverá o autor demonstrar o preenchimento de determinados requisitos, os chamados pressupostos processuais e as condições da ação.²⁶ Muito embora parte da doutrina separe entre direito constitucional de ação – incondicionado – e direito processual de ação – condicionado –, a verdade é que, para obter uma resposta judicial dotada de utilidade para satisfação da pretensão formulada, o autor deverá demonstrar o preenchimento desses requisitos.²⁷

Não parecem os pressupostos ou condições da ação ser ontologicamente diferentes de requisitos que poderiam ser estabelecidos, impondo às partes lançar mão, previamente, de meios alternativos de solução de controvérsias, como se discute em relação à mediação, para ter acesso à prestação jurisdicional estatal. Note-se, a propósito, tratar

- 25 PLC 94/2002 – Senado Federal; Projeto de Lei 4.827-b/1998 – Câmara.
- 26 Incluindo as condições da ação entre os pressupostos processuais, v. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2, p. 620-622.
- 27 Cf.: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 76-93; COSTA, Suzana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 39-42; sobre pressupostos processuais, v.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 4.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-93.

apenas de um requisito, não propriamente uma exclusão da apreciação judicial.²⁸

Compare-se, a título de exemplo, o pressuposto processual consistente na capacidade postulatória. Fora dos juizados especiais, a parte deverá comparecer em juízo representada por um advogado. A representação por advogado é um requisito a ser preenchido pela parte para obter uma resposta jurisdicional. Não obstante esse requisito possa constituir um sério óbice ao acesso à justiça, notadamente pelos custos envolvidos, por certo determinante do afastamento de muitas pessoas do recurso ao serviço judiciário estatal, não se questiona sua constitucionalidade sob o argumento da inafastabilidade.

Claro, a questão de fundo nesse caso é saber a conveniência de os interesses estarem representados em juízo por profissionais treinados para esse fim.²⁹ Essa matéria é objeto de deliberação legislativa, na qual se fixa determinada política em relação à questão. Por exemplo, dispensando a presença do advogado sob o juizado especial e exigindo-a no regime do Código de Processo Civil.

O mesmo parece ocorrer no caso de condicionar-se o acesso ao Judiciário à prévia realização de uma mediação, à avaliação de um terceiro neutro, a uma comissão de conciliação prévia ou outro instrumento alternativo. Está em jogo matéria de política a ser definida pelo legislador que deverá dizer se e em que casos medidas como essa serão adequadas. Fora essa questão, objeto de deliberação legislativa, não se pode alegar a existência de vedação na garantia de inafastabilidade.

- 28 Não obstante, os esforços do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP (vide o texto da proposta desse instituto no site <www.direitoprocessual.org.br>), os projetos de lei em trâmite no Congresso não contemplam a mediação obrigatória. O texto proposto pelo relator do Senado, Senador Pedro Simon, prevê: "Art. 3.º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores, mas sempre facultativa". O projeto aprovado pela Câmara previa: "Art. 4.º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período".
- 29 Sobre a profissionalização dos sujeitos envolvidos no processo, cf.: LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução histórica e social política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 247-278.

2.2 A constitucionalidade da arbitragem

Outro importante marco, a demonstrar a negativa de um caráter absoluto à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, é o reconhecimento da constitucionalidade da arbitragem no Brasil. Nesse caso, ocorre a exclusão ou renúncia voluntária da jurisdição estatal, por força da vontade das partes, admitindo-se não existir violação ao princípio constitucional em razão de pacto dessa ordem estabelecido entre as partes. Tal hipótese, ocorrente em relação à arbitragem, pode também se vislumbrar em algumas outras situações.

A esse respeito, é fundamental a decisão do STF reconhecendo a constitucionalidade da lei de arbitragem.³⁰ A Corte Suprema estabeleceu, a esse propósito, um correto entendimento do dispositivo constitucional estudado neste artigo.

O voto vencedor do Min. Nelson Jobim ilustra de maneira bastante didática a posição do Supremo a respeito:

"(...) a Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV).

"Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros.

"Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

"Não há renúncia abstrata à jurisdição.

"Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos à específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

"Há renúncia relativa à jurisdição.

"Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

"Não há que se ler na regra constitucional (art. 5.º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial

- 30 Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira 5206 (Agravo regimental), j. 12.12.2001, com a maioria, reconhecendo a constitucionalidade, votaram os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso Mello. Votaram vencidos, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico”.

Segundo a posição adotada, portanto, não há violação ao dispositivo constitucional em razão do pacto convencionado entre as partes para excluir, por renúncia, a jurisdição estatal. Preocupa-se o voto acima referido com a possibilidade de renúncia “abstrata”, referindo-se àquela de caráter geral, apta a excluir o acesso à jurisdição de qualquer litígio que venha a se estabelecer entre as partes contratantes.

Na arbitragem, de fato, não se cogita de exclusão geral do acesso à jurisdição estatal. Fosse assim, por certo haveria inconstitucionalidade. Por essa razão, a convenção arbitral deve ser relativa a um litígio determinado, circunscrito à determinada relação jurídica. Situação diversa – e indesejada – seria aquela decorrente de cláusula geral, excluindo, de forma indeterminada, a possibilidade de as partes levarem à apreciação judicial qualquer litígio que viesse a surgir entre elas.

O voto vencedor do Min. Ilmar Galvão, no mesmo julgado, acresce o relevante argumento de a cláusula arbitral não ter o condão de afastar a jurisdicionalização da arbitragem. Destaca o Ministro que judicial é o remédio à resistência de uma das partes, como também judicial é a execução da sentença proferida em sede arbitral, além do controle jurisdicional de sua validade (arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996).

Assim, a vedação constitucional, no que toca à possibilidade de exclusão por vontade das partes, deve ser entendida como dirigida apenas àquela geral e absoluta, isto é, que afaste a apreciação judicial de um número indeterminado de casos e impeça qualquer forma de prestação judicial.

Verifica-se, portanto, de toda a discussão acima colocada, ser inviável uma interpretação literal da garantia da inafastabilidade de tutela jurisdicional. Necessário dar-lhe a amplitude adequada e consentânea àqueles mecanismos que, longe de limitá-la e excluí-la, servem como medidas para sua complementação, permitindo soluções mais rápidas e adequadas.

3. A JURISDIÇÃO E SUAS ALTERNATIVAS

A assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos de solução de conflitos, como dito acima, leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição. Por certo, a consideração contemporânea desse instituto tenderá a ressaltar suas características de função e

atividade e abrandar sua consideração enquanto poder estatal.³¹

De fato, introduzindo-se no objeto de estudo dos juristas e, em especial, dos processualistas novas formas de solução de controvérsias, não inseridas na burocracia judiciária estatal, o enfoque da jurisdição naturalmente recairá sobre sua função de pacificação social e atividade, caracterizada enquanto método de solucionar disputas.³²

Dessa maneira, em uma definição alargada, o conceito de jurisdição poderá contemplar mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ainda que não abrigados no aparato judiciário do Estado.

Aceitar a inclusão no conceito de jurisdição de mecanismos não judiciais de solução de conflitos permite uma interpretação mais próxima das finalidades da norma de inafastabilidade discutida acima. Afinal, o objetivo do legislador constitucional não é outro do que aquele de propiciar uma resposta adequada a qualquer ameaça ou lesão a direito.³³ A jurisdição estatal, nessa abordagem, deve ser vista como um recurso final, uma maneira de obter uma palavra final acerca de determinada controvérsia. A alternativa judicial deixa de significar, entretanto, a saída melhor ou necessária de solucionar uma controvérsia.

O modo judicial de solução de controvérsias deve ser visto como umas das formas dentro de um universo de alternativas parcial ou totalmente direcionadas aos mesmos fins.³⁴

O reconhecimento dessa realidade permite melhor enquadrar a escolha e o momento de se recorrer a determinado mecanismo de solução de conflitos. Isso possibilita, em longo prazo, uma redução da sobrecarga do Judiciário,³⁵ mas

31 Sobre o conceito de jurisdição, v. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131/132; Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 115-117.

32 Dando ao processo o sentido de um método de produção de decisões, v.: TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michele. *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000. p. 267-290.

33 WATANABE, Kazuo. *Da cognição...* cit., p. 79-85.

34 Destacando essa natural pluralidade de meios, dentro daquilo que designa como uma “larga ecologia” de mecanismos de solução de controvérsias, v.: GALANTER, Marc. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, 1989, p. xi-xiv.

35 Retomem-se as notas 1 e 2, supra.

também tem a real importância de propiciar canais para uma resposta mais adequada à situação do interessado.

A preocupação, ressalte-se, não é apenas de custo e duração do processo, mas também de adequação da qualidade da resposta dada por determinado mecanismo, levando em conta a maneira como atua sobre uma situação concreta. Considere-se, por exemplo, as vantagens de um encaminhamento psicoterapêutico para a solução de um caso de família ou de um procedimento arbitral, conduzido por um painel de especialistas, para a decisão de uma intrincada disputa comercial.

Para uma abordagem comparativa entre mecanismos alternativos de solução de controvérsias, cabe remeter a algumas advertências de Marc Galanter a seguir sintetizadas:³⁶

a) o fato de se tratar de mecanismos alternativos não os isenta de problemas pela simples razão de sua alternatividade, sendo o grande desafio investigar e demonstrar a qualidade – ou não – desses mecanismos;

b) não há uma separação absoluta entre os mecanismos alternativos e as formas jurisdicionais tradicionais. A maior parte desses mecanismos não opera em instituições autônomas e independentemente de sanções legais. Contrariamente, eles estão próximos a instituições jurídicas e dependem de normas e sanções legais, operando à sombra de uma possível solução judicial – e da despesa e risco implicados em se obter isso;

c) a discussão acerca de mecanismos alternativos articulados de maneira sistemática não pode eclipsar a existência de outros mecanismos sociais de solução de conflitos, habitualmente atuantes em sociedade, como igrejas, escolas e hospitais entre outras;

d) mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Para Galanter, há neles um “short form formalism”,³⁷ quer dizer, as amarras legais e processuais para aplicação normativa é mais flexível, não significando, entretanto, um decréscimo na participação de profissionais, mas uma troca de profissionais. Por exemplo, de juristas por psicólogos ou assistentes sociais em questões de família;

e) sendo possível admitir a presença de uma lesão ou ameaça em vários tipos de disputas e cabíveis soluções por várias instituições e formas de processo,

36 GALANTER, Marc. Compared to what? cit., p. xiii-xiv.
37 “Formalismo de formas reduzidas”, em tradução livre.

não se pode afirmar que a escolha de determinado mecanismo de solução seja exclusivamente técnica, devendo-se admitir a existência de uma escolha política ao se definir o melhor tipo de resposta a ser dada para determinados tipos de disputa.

Tomando em consideração as advertências acima destacadas, é possível, primeiramente, concluir pela coincidência de fins entre a jurisdição estatal e as alternativas a ela propostas, sendo a solução de conflitos o núcleo de ambas. Suas diferenças são, sobretudo, pautadas em questões de forma e qualidade, as quais são relativas à maneira como produzem uma resposta para determinada situação conflitiva.

Com isso, não sem alguns cuidados, é possível colocar sob exame a adequação de um meio de solução de conflitos em relação a uma situação concretamente considerada. Esse juízo de adequação, como apontado, por falta de critérios de comparação definidos e assentes, não é exclusivamente técnico, implicando, em grande parte, uma escolha, fundada em valores reputados importantes para o contexto no qual a controvérsia está inserida.

Não há razão de ordem prática ou jurídica, em todo caso, a permitir a afirmação da precedência das formas judiciais sobre as demais. Tal precedência não encontra razão técnica ou jurídica a justificá-la.

Nesse sentido, cabe observar, também, que, se levarmos em conta a totalidade dos conflitos surgidos em sociedade, não encontraremos uma predominância das formas judiciais. Por certo, apenas um pequeno número das controvérsias surgidas em sociedade é levado a juízo, sendo as demais solucionadas por composição direta entre as partes, desistência de uma delas, intermediação de terceiros e outras formas jurídicas ou simplesmente sociais de pôr fim ao litígio.³⁸

Para fins da questão central levantada pelo presente trabalho, qual seja a de saber quanto à viabilidade jurídica de se restringir o acesso à justiça em benefício de mecanismos alternativos, deve-se considerar a existência de um forte elemento de opção política no tipo de proposta sob exame. Não por outra razão fala-se em políticas de limitação de acesso à justiça, buscando evidenciar não se cuidar de escolhas estritamente técnicas, mas submetidas direta ou indiretamente a critérios valorativos e condicionados a limites jurídicos.

38 Cf.: GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: LIPSON, Leon; WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 151-164.

4. OS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Para que se possa colocar à prova a possibilidade de convivência entre políticas restritivas do acesso à justiça, baseadas em mecanismos alternativos, e a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, é preciso identificar algumas características básicas daqueles, de forma a considerá-los concretamente em face do preceito constitucional, verificando se atendem às finalidades por ele perseguidas.

Para fins de uma abordagem sistemática, os processos de solução de controvérsias – entre eles o judicial – podem ser divididos em três espécies: (a) adjudicatórios; (b) consensuais; (c) mistos.³⁹

Adjudicação, aqui, refere-se ao sentido habitual na literatura de língua inglesa para *adjudication*, encontrando correspondência em língua portuguesa, para referir-se à atividade pela qual um terceiro, estranho às partes, analisa o caso, indicando uma solução com força imperativa.⁴⁰ Nesse sentido, o julgador *adjudica* uma solução, entre outras em tese possíveis, pondo fim ao conflito existente entre as partes. O julgador aplica uma norma ao caso concreto,⁴¹ eliminando a controvérsia reinante entre as partes. A solução adjudicada diz respeito a uma aplicação normativa sobre a qual divergem as partes, podendo ter por referência o ordenamento estatal, o direito estrangeiro ou as normas contratualmente estabelecidas.

O sentido proposto corresponde à estrutura básica do processo judicial tradicional,⁴² mas também é encontrado em outras formas estatais e não-estatais. Além do Judiciário, há foros ad-

ministrativos, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e os Tribunais de Impostos e Taxas. Entre as formas não-estatais, a arbitragem é o exemplo mais comum. Embora dotados de características institucionais próprias e decisões de força diferente, o processo decisório é fundamentalmente o mesmo, isto é, usando um terceiro neutro, colocado em posição equidistante dos interesses em confronto e capaz de decidir com algum grau de imperatividade.⁴³

Aos processos adjudicatórios se contrapõem aqueles chamados *consensuais*. Diversamente do que pode ser afirmado em uma primeira análise, não se trata somente de conciliação, mas de uma ordenação de meios para gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de um acordo. Nesse aspecto, a conciliação aparece mais na condição de gênero ou de resultado a ser alcançado do que propriamente de um instrumento somado aos demais. É possível dizer serem os processos consensuais de base conciliatória ou terem por resultado uma conciliação.

Na verdade, existe, a esse propósito, um número ilimitado de arranjos capazes de propiciar soluções consensuais, com maior ou menor participação de terceiros, cuja função, diferentemente dos processos adjudicatórios, é apenas auxiliar as partes a atingirem uma solução de consenso, sem decidirem sobre a matéria em litígio. Essa ordenação de meios para reunir condições capazes de impulsionar o acordo entre as partes compõe verdadeiras metodologias com essa finalidade.

Como destacado por Dora Fried Schnitman, “as novas metodologias para resolução alternativa de conflitos oferecem novas opções não-litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturadas para capacitar as pessoas a aprenderem a aprender, permitindo-lhes um escrutínio tanto das diferenças como das convergências. A partir do momento em que as divergências podem ser dirimidas, a escalada dos conflitos se reduz, aumenta a habilidade para compreender os diversos pontos de vista e são geradas, durante o processo, novas possibilidades, novos enquadramentos e maneiras práticas de litigar com as diferenças”.⁴⁴

Considerando a inerente e natural liberdade envolvida nas práticas alternativas à jurisdição

43 A propósito da discussão das características essenciais da atividade jurisdicional, cf. Fiss, op. cit., p. 153-162.

44 *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 18.

estatal, é certa a possibilidade de a solução de determinada controvérsia ser moldada de forma a utilizar tanto mecanismos consensuais quanto adjudicatórios. Daí as formas mistas, enunciadas acima. Estas refletem de alguma forma a estrutura do Código de Processo Civil em relação à conciliação: esta é colocada como um objetivo a ser perseguido (art. 125, IV); não sendo alcançada, a solução é dada por uma decisão. A idéia é tentar uma solução consensual, permitindo, caso ela não venha a ser alcançada, a conversão em processo adjudicatório.

A perspectiva de uma solução alternativa tem a vantagem de possibilitar uma melhor moldagem dos meios colocados à disposição das partes, como se poderá observar dos exemplos abaixo discutidos.

5. PROCESSOS DE ADJUDICAÇÃO: FOROS ADMINISTRATIVOS

Como mencionado acima, embora a adjudicação seja típica do processo judicial, ela manifesta-se, também, em processos não-estatais e estatais não-judiciais, mantendo a característica de adjudicarem uma solução, entre as várias possíveis, para pôr fim ao litígio entre as partes.

Relativamente aos processos estatais não-judiciais, é importante perceber que eles, muitas vezes, se desenvolvem alternativamente à opção judicial, servindo para eliminar conflitos antes de sua jurisdicionalização. É claro, não obstante desenvolvam-se em um âmbito externo ao Judiciário, não escapam ao controle deste, ficando mantida sempre a possibilidade de revisão judicial, por força, exatamente, da garantia constitucional estudada no presente artigo.⁴⁵

No sistema brasileiro, de jurisdição una, mesmo decisões de tribunais administrativos não estão alheias à possibilidade de apreciação judicial. Diversamente, em países filiados ao modelo do chamado contencioso administrativo, como a França, a decisão da corte administrativa exclui a possibilidade de revisão em sede judicial, sendo por essa razão chamados sistemas de jurisdição *dúplice*.⁴⁶

45 Retome-se aqui a colocação de Pontes de Miranda, reproduzida na nota 18, supra, afirmando não ser o caso de negar o caráter de coisa julgada à decisão administrativa, mas de se afirmar a impossibilidade de essas afastarem a apreciação judicial.

46 Cf. WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional... cit.*, p. 23-27.

No Brasil, não obstante produzam decisões sem a estabilidade de uma decisão judicial, há uma tendência ao crescimento de foros administrativos de decisão com características quase-judiciais,⁴⁷ como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e os Tribunais de Impostos e Taxas. O constituinte reformador reconheceu, ao acrescentar o inc. LXXVII ao art. 5.º da CF, pela EC 45/2004, esse crescimento de importância desses foros administrativos, garantindo a razoável duração do processo “no âmbito judicial e administrativo”.

Embora as decisões desses órgãos possam ser atacadas judicialmente, são capazes de gerar uma resposta para uma situação conflitiva e sua autoridade pode criar uma estabilidade de suas decisões. É o caso do Cade, por exemplo, cujas decisões relativas a atos de concentração empresarial têm gerado pouquíssimas impugnações judiciais, seja pela excelência de suas decisões, seja por sua alta especialização, capazes de gerar um natural deferimento das decisões sobre a matéria à discricionariedade do órgão.⁴⁸

O limite constitucional dessas experiências, apontando para a impossibilidade de a decisão administrativa impedir eventual questionamento judicial, é bastante claro. A consolidação de mecanismos dessa espécie, como de alternativas ao acesso ao Judiciário, portanto, depende do acatamento e difusão das decisões desses foros pela própria Administração, reconhecendo-lhes imperatividade e aplicando-as a casos análogos. Esse é um passo fundamental para a construção da autoridade dos julgados desse tipo de corte, mesmo destituídos de definitividade.

6. PROCESSOS DE ADJUDICAÇÃO: ARBITRAGEM

A arbitragem é o mecanismo alternativo de natureza adjudicatória melhor consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a Lei 9.307/1996 introduzido em nosso sistema jurídico os instrumentos necessários para sua efetividade. Equiparou a decisão arbitral à sentença judicial,⁴⁹ reforçou

47 Nesse sentido: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives – An introduction to procedure*. New York: Foundation/Thomson West, 2003. p. 496-498. Também: FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 11-12.

48 Sobre o processo decisório do Cade e sobre a solução de conflitos surgidos na aplicação das normas existentes, v. Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *Defesa da concorrência e globalização econômica*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225-232 e 251-257.

49 Art. 31.

a vinculatividade da convenção de arbitragem,⁵⁰ criou mecanismos para seu desenvolvimento,⁵¹ além de haver disciplinado de maneira sistemática toda a matéria.

Ao permitir o afastamento da jurisdição estatal por vontade das partes, a arbitragem poderia, em tese, estar violando a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. Essa objeção, no entanto, como indicado acima,⁵² já foi superada por decisão do STF.

Diversamente do aventado no voto condutor da posição do STF,⁵³ no entanto, a arbitragem não constitui propriamente uma "renúncia" à jurisdição estatal, não isentando o procedimento arbitral de interferência judicial. Isso ocorre em sua constituição forçada, no controle de sua validade ou na execução de sua decisão, como apontado pelo voto do Min. Ilmar Galvão, destacado acima. A arbitragem, nesse sentido, caracteriza-se como uma exclusão convencional da jurisdição estatal com um fim específico, de decidir uma controvérsia em relação a uma situação determinada.⁵⁴

O móvel dessa exclusão convencional são algumas vantagens insitas ao procedimento arbitral. Sem dúvida, a relação custo e duração, principalmente se bem contabilizados todos os custos diretos e indiretos de uma demanda judicial, é um forte atrativo para as partes, mas não o único. Algumas vantagens qualitativas têm um peso definitivo na escolha dos litigantes.⁵⁵

Diversamente do juiz estatal, por natureza um generalista, o árbitro pode ser escolhido pelas partes entre especialistas de uma área específica, permitindo uma análise mais acurada do caso. A arbitragem tem também a vantagem de ser sigilosa, possibilitando colocar a disputa a salvo de indesejável publicidade. A base convencional do procedimento arbitral, por sua vez, é mais propícia às soluções integrativas, levando em consideração partes às quais interessa o prosseguimento do relacionamento entre elas, como em questões societárias e de relacionamento comercial.

O procedimento arbitral de livre escolha pelas partes⁵⁶ poderá ser mais flexível e mais adequado

às necessidades do caso sob exame, representando outro ponto no qual a arbitragem supera a alternativa do juízo estatal.

Dessa forma, a arbitragem mostra-se um instrumento adequado à função de solução de conflitos. Na condição de alternativa à jurisdição estatal, sua instituição não viola a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. Ao contrário, contribui para desincumbir o Estado da prestação da atividade de dirimir controvérsias, contida, como visto,⁵⁷ no dispositivo constitucional em estudo.

7. PROCESSOS DE ADJUDICAÇÃO: OUTRAS POSSIBILIDADES

Não obstante a Lei 9.307/1996 discipline textualmente apenas a arbitragem, há de se admitir a validade, também, de outros de modos solução de conflitos tendentes a produzir uma decisão pondo fim a uma controvérsia. Ao dispor que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1.º), o legislador reconhece à autonomia da vontade das partes a possibilidade de contratualmente excluir a jurisdição estatal, elegendo outro modo de solução de controvérsias surgidas em relação a uma situação determinada.⁵⁸

Não há razão de essa admissão de validade do pacto de exclusão da jurisdição não se aplicar a outros instrumentos de solução de controvérsias, até porque "arbitragem" pode indicar uma série de processos decisórios não exatamente iguais e não necessariamente desenvolvidos sob as mesmas premissas.

A decisão do STF discutida acima⁵⁹ deve ser entendida como reconhecendo amplas possibilidades de as partes deliberarem sobre o modo pelo qual resolverão suas controvérsias. Claro, como na arbitragem sempre será juridicamente possível argüir algum vício na vontade formadora do pacto de exclusão da jurisdição ou alguma nulidade procedimental. É verdade, ao optarem por mecanismos não regulados estritamente, como no caso da arbitragem, as partes assumem o risco de facilitar futura alegação de erro, para fins de anulação do negócio jurídico ou impugnação procedimental.⁶⁰

57 Item 2, supra.

58 Como observado acima, item 2.1, a cláusula geral de exclusão de jurisdição, sem indicar uma situação específica, seria inválida por violar a garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

59 Itens 2.1 e 6.

60 Nos termos do art. 171, II, do CC.

Imagine-se, por hipótese extrema, uma cláusula estabelecendo o sorteio como forma de sanar uma divergência estabelecida entre as partes. Por exemplo, para solução de eventuais divergências societárias acerca escolha do administrador em uma sociedade limitada, em situações de empate ou falta do *quorum* estatutário na decisão da assembléia. Seria válida a cláusula estabelecendo essa forma de solução da controvérsia?

Não há razão para não se aceitar o sorteio com forma de solução do impasse societário exemplificado, como também não há como negar tratar-se de uma forma de solução de controvérsia. Embora a disputa, a princípio, não tenha um conteúdo estritamente jurídico, é certa possibilidade de a matéria, na falta de uma disposição como cogitada, ser levada a juízo, com a finalidade de corrigir ou suprir a falta da decisão societária, com a utilização, para tanto, das normas jurídicas aplicáveis. A decisão na forma sugerida também não estaria livre de impugnação judicial, por exemplo, porque os dados utilizados eram viciados ou por falta da devida publicidade aos sócios.

Por certo, não se trata aqui de defender o sorteio como forma de solução de conflitos, mas investigar os limites de o acordo de vontade das partes poder excluir a jurisdição estatal. A esse propósito, não se sustenta o irrestrito alcance da vontade das partes, mas admite-se certa elasticidade nesse sentido.

No que tange à alternativa aventada (sorteio), a existência de questão estritamente jurídica, da qual decorra aplicação normativa, impede o recurso a essa forma de solução. Ultrapassar-se-ia, nesse caso, a simples deliberação societária, para entrar em um campo de decisão propriamente jurídica, para qual a solução judicial apresenta-se como garantia constitucional. Não se exclui a possibilidade de ajuste de vontade entre partes, mas deve-se reconhecê-lo limitado a procedimentos conformes aos requisitos mínimos estabelecidos para funcionamento da jurisdição estatal.

Os parâmetros para fixação desses limites são dados pela própria lei de arbitragem,⁶¹ ao estabelecer a prerrogativa de as partes escolherem livremente o procedimento arbitral, mas submetendo este aos "princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, § 2.º). Assim, há a possibilidade de as partes exercerem alguma discricionariedade em matéria procedimental, mas respeitando os limites básicos extraídos da própria Constituição e referidos na lei respectiva.

Nessa medida, pode-se afirmar a existência de liberdade para as partes contratualmente elegerem a forma pela qual pretendem solucionar suas controvérsias com exclusão da jurisdição estatal, devendo, no entanto, o meio escolhido respeitar as garantias fundamentais do processo. Excluída, portanto, a escolha de um processo sem contraditório, parcial ou iníquo e impeditivo do livre convencimento dos julgadores. Tais limites não impedem as partes de "moldarem" o procedimento decisório conforme lhes pareça conveniente ou optarem por formas predeterminadas, independentemente do nome dado a elas.

Nos Estados Unidos costuma-se falar em tribunais privados ou *rent-a-judge* para indicar instituições particulares estruturadas à imagem e semelhança de um tribunal estatal, inclusive com possibilidade de apelação interna.⁶² Esse tipo de experiência poderia ser utilizado no Brasil? Nos termos do exposto acima, não restam dúvidas que sim, não obstante não se veja vantagem em relação à arbitragem propriamente dita, em razão de sua maior rapidez e flexibilidade.

Conclui-se, portanto, pela liberdade de as partes criarem mecanismos adjudicatórios para resolverem suas disputas ou moldarem instrumentos existentes para satisfazerem suas necessidades concretas. Tratando-se de questões de direito, a liberdade de criação negocial de alternativas à jurisdição, entretanto, está condicionada ao respeito dos princípios processuais básicos.

Na ausência de uma regulamentação mais abrangente, dirigida a um horizonte ilimitado de soluções alternativas, a disciplina legal da arbitragem, para esse fim, deve ser adotada no balizamento das opções das partes. Nesse sentido, embora com maiores ou menores desvios, essas experiências alternativas de natureza adjudicatória, não há como negar, são sucedâneos da arbitragem, não podendo desviar demasiadamente de linhas mestras traçadas pela disciplina legal desse instituto.

8. PROCESSOS CONSENSUAIS

A ordenação de meios para obtenção de uma solução consensual, isolada de procedimentos contenciosos, vem despertando pouca atenção ao jurista, treinado desde os primeiros anos da faculdade para ter uma atuação em processos judiciais. No entanto, mecanismos desse tipo são de crescente utilização para solução de controvérsias, propiciando alternativas viáveis à jurisdição estatal.

62 Cf.: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James. Op. cit., p. 3-4.

50 Arts. 6.º e 7.º.

51 Arts. 19 a 22.

52 Item 2.2.

53 Parcialmente reproduzido acima.

54 Cf.: CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 34-35; também: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, 7.ª Série cit., p. 10-11.

55 Contrapondo argumentos de qualidade e de produção, v. Galanter, *Compared to what?* cit., p. xii.

56 Art. 21 da Lei 9.307/1996.

61 Lei 9.307/1996.

Nos Estados Unidos são utilizados diversos mecanismos baseados em processos consensuais: o *ombudsmen*, investigando reclamações e encaminhando soluções dentro de determinada instituição; o *factfinding*, sujeito neutro em relação à situação conflitiva, contratada para levantar fatos capazes de gerar elementos para uma decisão interna ou para balizar uma negociação; a negociação, baseada na discussão direta do caso entre os interessados; a mediação, na qual um terceiro neutro levanta e examina os interesses em confronto, ajudando a planejar a negociação e a chegar a um acordo, sem decidir sobre o interesse das partes; a conciliação, próxima à mediação e utilizada de forma intercambiável, é um procedimento menos formal, atuando o conciliador como um mero interlocutor das partes.⁶³

Esses tipos de processos consensuais não são aptos a substituir a atividade da jurisdição estatal, posto que dependentes de uma solução negociada para pôr fim ao conflito. Atingindo esse resultado, entretanto, colocam-se como meio de resolver casos sem a necessidade de um processo custoso e demorado. Com a solução de disputas pela via consensual, é possível aliviar sobrecarga do Judiciário.

No tocante à indagação central deste trabalho, não sendo substitutivos da jurisdição estatal, os processos consensuais ganham importância quando são, de alguma forma, atrelados ao processo judicial e, eventualmente, colocados como seu requisito. As soluções consensuais, portanto, aparecem como mecanismos auxiliares ou antecedentes ao processo judicial.

Na condição de auxiliares, são utilizados como instrumentos desencadeados pelo juízo para incentivar uma solução negociada entre as partes, prescindindo-se do processo judicial quando a iniciativa for bem-sucedida. Como antecedentes à prestação da tutela jurisdicional, podem ser meios a que as partes recorrem voluntariamente ou requisitos legalmente estabelecidos para obter acesso à tutela jurisdicional.

Nos termos desenvolvidos acima,⁶⁴ o direito brasileiro não tem repudiado requisitos para obtenção de uma prestação jurisdicional dotada de utilidade. Não há, portanto, sentido lógico em afirmar a inconstitucionalidade de condicionar-se a prestação jurisdicional ao esgotamento de vias consensuais para solução da pendência.

É claro, esses requisitos não poderão vir a ser tantos e tais a ponto de inviabilizar a efetividade da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional. A esse propósito, o balizamento constitucional da matéria deverá levar em conta o dispositivo do inc. LXXVIII, isto é, a garantia da razoável duração do processo. Os requisitos para o acesso à justiça serão demasiados sempre que deles decorrer uma excessiva e injustificada demora na conclusão da prestação jurisdicional.

É o caso da mediação, caso venha-se a aceitar sua colocação como requisito para causas acima de determinado valor, no projeto em curso no Congresso Nacional.⁶⁵ Esse e outro qualquer mecanismo processual será inconstitucional se dele – mas não somente dele – decorrer demasiada demora para o processo. As desvantagens do atraso, fatalmente ocorrente, não poderão ser superiores à vantagem de alcançar uma solução do caso por via consensual mais rápida e barata.

9. PROCESSOS MISTOS

Alternativamente à jurisdição estatal, a combinação de mecanismos adjudicatórios e consensuais é ilimitada, tendo em vista a sustentada liberdade contratual das partes.⁶⁶ Dentro daqueles limites, nos quais a criação convencional de processos de adjudicação é lícita a inserção de meios consensuais em procedimento cujo objetivo final seja a adjudicação uma solução para a controvérsia estabelecida entre as partes.

A utilização de mecanismos consensuais teria nesse caso o objetivo de poupar tempo e esforços com o esgotamento das possibilidades de composição amigável entre as partes. A localização procedimental de instrumentos desse tipo poderia ser prévia ou incidental ao processo de adjudicação. No primeiro caso, apareceria como uma espécie de requisito preliminar, a ser cumprido antes de iniciado o procedimento de natureza adjudicatória. Não se descarta, no entanto, o cabimento de tentativas de solução consensual como uma etapa procedimental.

São conhecidos vários processos mistos nos Estados Unidos. É o caso daquele chamado *med-arb*, uma mistura procedimental iniciada como mediação e – caso não haja acordo – concluída como arbitragem.⁶⁷ Também as negociações estruturadas,

65 Vide notas 25 e 28, supra.

66 Itens 6 e 7, supra.

67 Cf.: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James. Op. cit., p. 182-188.

conhecidas como *mini-trials*, têm sido utilizadas com bastante sucesso. Trata-se de rodadas de negociações entre administradores do mais alto nível das empresas envolvidas mediadas por um conselheiro externo neutro, contratado pelas partes para ao final, caso não se chegue a um acordo, emitir um parecer não vinculante, com a finalidade de servir de parâmetro para a negociação das partes. Semelhante a essa prática, utiliza-se a simulação de um julgamento, nos moldes do processo judicial, para antecipar para as partes o provável resultado e com isso criar bases para se chegar a uma solução consensual.

A criação de mecanismos institucionais de solução de controvérsia, de natureza privada, também é uma alternativa bastante atraente. As disputas surgidas no interior de determinado setor econômico ou relacionadas a um problema específico podem ser encaminhadas e solucionadas por instituições criadas com essa finalidade específica. A *asbestos claim facility*, criada nos Estados Unidos por seguradoras e empresas de amianto, atua como um sistema no qual em um único local pode-se encaminhar à reparação vítimas daquele produto nocivo em relação a várias empresas.⁶⁸

10. O GERENCIAMENTO DE PROCESSOS (CASE MANAGEMENT) NO BRASIL

O gerenciamento de processos ou *case management* é um movimento nascido nos Estados Unidos como uma espécie de ativismo judicial.⁶⁹ O juiz, tradicionalmente distante das controvérsias por ele julgadas, passa a receber um incentivo para ter um maior envolvimento com as causas.

No concentrado e oral procedimento norte-americano o juiz passa a exercer uma função mais ativa, persuadindo as partes a chegarem a um acordo, resolvendo as divergências surgidas na fase *pre-trial* (antes da sessão de julgamento perante o júri) e emprestando sua autoridade judicial para cumprimento dos julgados na fase *post-trial*, em especial naqueles em que o pedido foi um *equitable relief*, envolvendo o cumprimento de uma obrigação de fazer.⁷⁰

A introdução do gerenciamento de processos no Brasil vem sendo defendida pelo professor Kazuo Watanabe, para quem “o *case management* é, em suma, uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes; (b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias, e

(c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais”.⁷¹ Para ele, isso é significativo da possibilidade de o juiz planejar o processo, fixando um calendário para seu desenvolvimento com a participação das partes.

Por certo, a par da mudança cultural necessária para mudar a forma pela qual o juiz brasileiro conduz o processo, concebido e disciplinado pelo Código em fases sucessivas e preclusivas, a grande dificuldade está também em fazer com que as partes assimilem a utilização de mecanismos alternativos a partir de iniciativas do juízo. A esse propósito, a prestação jurisdicional passaria a ter o perfil de um processo misto, como visto acima,⁷² caracterizado por possuir natureza adjudicatória e mecanismos consensuais acionados incidental ou preliminarmente.

Avalia-se não ter o juiz suficiente sucesso em sua atividade de conciliação (art. 125, IV, do CPC), faltando-lhe condições profissionais para exercer a tarefa de impulsionar soluções consensuais. O pouco êxito das atividades conciliatórias ocorre exatamente porque “o magistrado em uma natural restrição, decorrente da função de julgador da causa, que o limita, pelo risco de prejulgamento, na formulação de ponderações e propostas de acordo para os litigantes”.⁷³

A esse propósito, é significativo que, em uma palestra para novos integrantes da carreira federal, um juiz norte-americano, habitualmente empenhado em conduzir a causa a uma solução consensual, tenha destacado a necessidade de uma diferente postura nos casos levados a júri e naqueles *non-jury cases*. Para ele, nos casos de júri, regra no sistema norte-americano, não há problema no fato de o juiz entrar fundo na discussão do caso com as partes, o que não ocorre naqueles casos nos quais o próprio juiz irá julgar, pois nesses últimos ele poderá demonstrar algum preconceito em relação a um dos lados em disputa.⁷⁴

Verifica-se, de fato, não ser propícia a posição ocupada pelo juiz nacional para impulsionar soluções amigáveis, pois há o natural constrangimento proveniente de ser ele mesmo o julgador. Assim, há necessidade de que atividades tendentes a alcançar uma solução consensual sejam realizadas por su-

71 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença... cit., p. 689.

72 Item 9.

73 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença... cit., p. 690.

74 WILL, Hubert L.; MERHIGE JUNIOR, Robert R.; RUBIN, Alvin B. The role of the judge in the settlement process. In: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. Op. cit., p. 444 (na transcrição da palestra do Juiz Will).

63 Para uma rápida descrição desses mecanismos, vide Riskin e Westbrook, op. cit., p. 4-5.

64 Item 2.1.

jeito diverso do julgador da causa. É essa a idéia a orientadora de algumas experiências realizadas na Justiça Estadual de São Paulo, com o objetivo de implantar de forma voluntária a mediação junto a algumas Varas.⁷⁵

A utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias em conjunto com processos judiciais põe em destaque a idéia sustentada de início,⁷⁶ de que a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional traz implícita a idéia de direito à prestação jurisdicional e, sendo assim, aqueles mecanismos não têm o condão de concorrer com a jurisdição estatal, mas de complementá-la, para que se produzam resultados mais rápidos e eficientes.

CONCLUSÃO

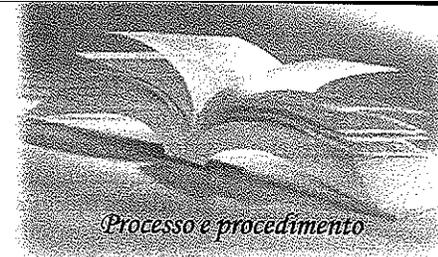
Os mecanismos alternativos de solução de controvérsia podem ser vistos como instrumentos de auxílio e complementação do serviço judiciário prestado pelo Estado. Mesmo quando substituem a jurisdição estatal — como no caso da arbitragem — ou são colocados como requisitos à prestação da tutela jurisdicional estatal — como se discute em relação à mediação —, não podem ser vistos como obstáculos ao exercício da garantia constitucional prevista no inc. XXXV do art. 5.º da CF. O direito à prestação da tutela jurisdicional, implícito na mesma norma constitucional, deve conduzir sua interpretação, de forma a não deixar qualquer disputa em sociedade sem o remédio adequado.

Nesse contexto, a conceituação da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional ganha relevância e impõe um reexame de seu conteúdo, como proposto neste artigo.

Os mecanismos alternativos de solução de controvérsias devem ser entendidos como sucedâneos válidos da jurisdição estatal. É necessário, portanto, que o processo civil crie mecanismos aptos a permitir a convivência integrada da jurisdição estatal com os mecanismos de solução de controvérsias de variada espécie.

Trata-se, na verdade, de caminhar para uma nova concepção de jurisdição, não compreendida a partir do monopólio do Estado, mas concebida como uma entre várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade. Nesse sentido, a jurisdição estatal deve ser vista como um dos instrumentos entre os vários existentes com a mesma finalidade. Respeitadas as garantias básicas da Constituição Federal, devem-se emprestar inteira validade e condições de efetividade aos mecanismos alternativos à jurisdição estatal.

Pode-se, ousando estender a afirmação de José Carlos Barbosa Moreira em relação à arbitragem, sustentar que, na aceitação de meios alternativos de solução de controvérsias, “o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização*”,⁷⁷ não havendo qualquer perda ao direcionamento público que deve pautar o processo civil contemporâneo.



PARECER SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ART. 173, § 1.º, DA CF

GALENO LACERDA*

SUMÁRIO: Parecer – Consulta – Resposta – Conclusão.

PARECER

Atividade econômica exercida por autarquia estadual. Interpretação do art. 173, § 1.º, da CF. Quando aquela atividade não for ou não puder ser desempenhada pela iniciativa privada, não cabe a imposição de isonomia relativa ao regime jurídico.

Legitimidade do emprego da execução fiscal para cobrança dos créditos não tributários.

CONSULTA

1. O Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, através de seu Departamento Jurídico, solicita-nos parecer sobre a interpretação do art. 173, § 1.º, da CF. Esclarece ter sido fundado em 1962 pelos Estados da Região Sul do País, integrada pelo Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, como instituição financeira, sob a forma de autarquia interestadual, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento econômico da região. A forma de constituição como autarquia foi mantida expressamente pelo art. 24 da Lei federal 4.595/1964, que disciplinou o Sistema Financeiro Nacional.

A Lei 6.830/1980, sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, assim, dispôs:

“Art. 1.º A execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

“Art. 2.º Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária e não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais

de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

“§ 1.º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1.º, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública.

“§ 2.º A dívida ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato”.

O Dec.-lei 1.735/1979, ao alterar o art. 39 da Lei 4.320/1964, considerou, expressamente, como dívida ativa não tributária, os créditos decorrentes de *contratos em geral*, desde que inscritos na forma da lei.

2. Com base nesses dispositivos legais, o consulente passou a usar a via executiva da Lei 6.830/1980, para cobrança de seus créditos vencidos, com as vantagens daí resultantes, em especial, dos privilégios da Fazenda Pública.

Os tribunais dos três Estados mencionados nada opuseram à legitimidade dessa postulação, nem reação surgiu de parte dos devedores, até que, ao final da vigência da Carta de 67, dois recursos extraordinários subiram ao STF, nos quais se alegava a inconstitucionalidade daquela via executiva, por infração ao disposto no art. 170, § 2.º, na redação da EC 1/1992, deste teor: “Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”. Entenderam os recorrentes que o emprego, pelo consulente, do procedimento próprio à cobrança da dívida da Fazenda Pública violentava o princípio de isonomia prescrito pela Carta Magna na regra citada.

75 Vide o Provimento CSM 953/2005 do Conselho Superior da Magistratura do TJSP.

76 Item 2, supra.

77 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização cit., p. 11.

* Professor catedrático de Direito Processual Civil da UFRS.