

Capítulo
II

SOLUÇÃO DE CONFLITOS
E TUTELA PROCESSUAL
ADEQUADA

1. A instrumentalidade metodológica

Como se viu no capítulo anterior, o método que aplicaremos para a análise da processualidade será o da instrumentalidade metodológica. Ou seja, a construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes na sociedade, para se chegar ao processo e procedimento adequados para solucioná-los de modo a atingir uma tutela jurisdicional e processual efetiva e justa.

Sobre tutela jurisdicional e processual veja o que se escreveu no capítulo anterior.

É o que se passa a fazer.

2. Conflitos e processo

A sociedade contemporânea é altamente conflitiva. O adensamento populacional, o caráter finito e a consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração

de riquezas em mãos de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. E quando os conflitos precisam ser solucionados pelo processo, deste deve resultar a justa tutela de interesses e direitos.

Mas não é qualquer tutela que serve: a tutela deve ser justa, efetiva e adequada. Justa, na medida em que dê razão a quem a tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. Efetiva, porque o direito ou interesse objeto de tutela deve poder ser realmente fruído. Adequada, porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito.

É por isso que o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo clamam por uma *metodologia* acentuadamente *instrumentalista*, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos.

3. A tipologia dos conflitos

Não é possível, evidentemente, identificar e classificar todos os conflitos, individuais e coletivo) existentes na multiforme sociedade de hoje. Eles vão surgindo e ao processo cabe solucioná-los, haja ou não haja um instrumento específico para tanto. Mas é ao menos possível tentar, por aproximação, algumas subdivisões.

A primeira grande divisão feita de acordo com a natureza dos conflitos a serem dirimidos está em conflitos *penais e não penais*. Os conflitos penais são de caráter

absolutamente *indisponível*, e é por essa razão que seu processamento e julgamento cabem exclusivamente ao Estado-juiz, por intermédio da jurisdição estatal. Mesmo assim, no entanto, existem conflitos penais que são submetidos ao processo e procedimento comuns e outros que, por suas características, são regidos por processos e procedimentos especiais (como em relação aos Juizados Especiais Criminais para as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou a procedimentos especiais, como os da criminalidade organizada, dos crimes contra a propriedade intelectual, dos crimes eleitorais, etc.).

No campo dos conflitos envolvendo matéria não-penal impõem-se ainda algumas grandes subespécies: os conflitos relativos às relações de trabalho, os de direito administrativo, tributário, comercial, societário, etc. Nesse contexto tão heterogêneo de conflitos ditos *cíveis*, diversa é sua natureza, de modo que diferente há de ser a técnica utilizada para sua solução. Assim, por exemplo, as causas cíveis *de menor complexidade* podem ser submetidas aos *Juizados especiais cíveis* (federais ou estaduais, conforme o caso) e o próprio Código de Processo Civil, assim como leis extravagantes, cunham processos e procedimentos especiais (possessórias, inventário e partilha, monitória, etc.).

Abre-se neste ponto a oportunidade de pôr em destaque a distinção entre a chamada *tutela jurisdicional ordinária*, regida pelo *procedimento ordinário* e a *tutela jurisdicional diferenciada* (Andrea Proto Pisani), submetida, por várias razões, a processos e procedimentos diversos.

Em sua primeira concepção de *tutela diferenciada*, Proto Pisani entendeu por ela toda e qualquer tutela que não fosse oferecida pelo procedimento ordinário, e nesse sentido veio a ser acolhida a denominação pela doutrina brasileira. Mas, reformulando recentemente seu pensamento, Proto Pisani esclareceu que por tutela diferenciada se deve entender aquela obtida pela via de um procedimento ordinário diverso do procedimento-padrão estabelecido pelo CPC (como, por exemplo, o procedimento ordinário para conflitos trabalhistas). Os demais procedimentos, diversos do ordinário, seriam apenas *procedimentos especiais* (Revista de Processo).

Por muito tempo, vinha-se pensando que o modelo ideal do procedimento fosse o ordinário, que é rico em garantias, permite a produção completa de provas, exige cognição plena e exauriente do juiz e leva a uma sentença de mérito, considerada classicamente a única, dentre outras decisões judiciais, a revestir-se da autoridade da coisa julgada (sinônimo de segurança jurídica). Mas, com o tempo, verificou-se que existem situações em que a necessária duração mais prolongada do procedimento ordinário (devida a suas próprias características) não era compatível com a necessidade de evitar a erosão do direito pelo tempo. Surgiu, assim, primeiro, a *tutela cautelar*, com medidas rápidas destinadas a preservar o próprio processo, e, mais tarde, a *tutela antecipatória* que, perante situações de urgência, em determinadas circunstâncias, se destinou a antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da sentença final, muito provavelmente favorável ao autor. Tratava-se da dita *tutela de urgência*, concedida em procedimentos ágeis e rápidos, pela via da *cognição sumária* e com resultados sempre provisórios. Depois disto, surgiram outros caminhos, destinados a conceder a tutela jurisdicional

sumária diante de situações em que o fundamento da pretensão do autor era considerado *evidente*, permitindo a concessão de diversas *liminares* (como nas possessórias, no mandado de segurança, habeas corpus, etc.).

Passou mais algum tempo e se percebeu que seria possível assegurar a estabilidade das decisões judiciais, mesmo após cognição sumária, se não houvesse oposição da parte contrária (e assim aconteceu com o *référé* francês, com nossos julgamento antecipado da lide e decisão preliminar de mérito e, agora, com o CPC, com a estabilização da tutela antecipatória – art. 304).

Hoje, o CPC prevê, como tutelas sumárias (chamadas provisórias) tanto a *cautelar* como a *antecipatória*, dando-lhes a mesma estrutura, e subdividindo-as em tutela de *urgência* e de *evidência* (arts. 294 ss.).

Mas a *urgência* e a *evidência* não são os únicos fundamentos da tutela jurisdicional diversa da ordinária. A específica natureza do conflito é levado em conta para a criação de procedimentos especiais, aderentes não apenas à atuação do direito material, mas também à busca da tutela jurisdicional justa e efetiva, por ser adequada à solução de conflitos determinados e diversos. Nesses casos, escolhidos discricionariamente pelo legislador, o sistema cria procedimentos próprios, que ora se satisfazem com uma *cognição superficial*, ou seja, não exauriente no plano vertical (Kazuo Watanabe), ora buscam simplesmente *adequar o procedimento* ao direito material subjacente e ao tipo de conflito que a crise de direito ocasionou.

Ou seja, o processo amolda-se não só ao direito material, mas sobretudo ao tipo de conflitos que objetiva

solucionar, de acordo com procedimentos próprios. E surgem os *procedimentos especiais*.

O CPC de 2015, no afã de simplificar, reduziu sensivelmente o rol de procedimentos especiais previsto no Código anterior, hoje todos contidos no Título III. Mas existem inúmeros outros procedimentos especiais em leis extravagantes. Só para exemplificar, lembrem-se o procedimento para execução fiscal, para a falência e recuperação de empresa, o arrendamento mercantil, os procedimentos especiais marítimos e o da ação de improbidade administrativa, os procedimentos previstos no Estatuto da Cidade e no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

Seja como for, certamente não é possível prever um procedimento especial adequado para cada tipo de conflito, até porque os conflitos estão em mutação constante numa sociedade complexa e em evolução. A solução, então, consiste na possibilidade de *flexibilização ou adaptação do procedimento*, para que este se possa efetivamente levar à solução aderente à especial natureza do conflito.

4. Flexibilização e adaptação do procedimento: o diálogo dos procedimentos

O processo brasileiro sempre foi rígido, apegado ao sistema da *legalidade das formas*, considerado uma garantia para as partes e o próprio processo. Embora se afirmasse que as formas não devem prevalecer sobre a substância nem chegar a sufocá-la, invocando o princípio da *instrumentalidade das formas* (tanto que, por exemplo, as nulidades são em princípio sanáveis se o ato tiver atingido sua finalidade), nunca foi dada ao juiz ou às partes afastar-

se das formas previstas em lei para a prática dos atos processuais.

Demonstração incontestável da rigidez do processo brasileiro é a existência de preclusões (perda de faculdades processuais, pelo decurso do prazo ou por prática de atos incompatíveis com o pedido ou a defesa), bem como, por exemplo, a regra da estabilização da demanda, pela qual o pedido e a causa de pedir se tornam imutáveis após a contestação. Em outros ordenamentos, como o italiano, a alteração do pedido e da causa de pedir pode ocorrer até a sentença de primeira instância, observado o contraditório.

Essa mesma rigidez sempre acompanhou o procedimento, no ordenamento brasileiro. Em primeiro lugar, há raríssimos casos em que a tutela pode ser invocada por uma via processual ou outra (por exemplo, pelo mandado de segurança ou por um pedido de antecipação de tutela; por um recurso ou pela impetração de *habeas corpus*; pelo procedimento fixado para as causas cíveis de menor complexidade ou pelo procedimento ordinário). Mas é o próprio sistema legal que, nesses casos, oferece duas ou mais opções para que a tutela seja atingida.

E, em segundo lugar, se a via escolhida não for aquela prevista em lei, o processo não seguirá, por falta de interesse de agir (*interesse-adequação*), justamente porque o autor não escolheu a via adequada para atingir o provimento jurisdicional. E se entende por *via adequada* aquela rigidamente fixada pela legislação.

Agora, pela primeira vez em nosso sistema processual, o novo Código de Processo Civil admite que o juiz e as partes possam introduzir alguma alteração no procedimento.

Os arts. 139, VI e 437, § 2º permitem ao juiz dilatar prazos e alterar a ordem da produção dos meios de prova, bem como as regras procedimentais contidas em lei, para conferir maior efetividade à tutela do direito. Às partes, desde que de comum acordo, é permitido – além de poderem fixar, juntamente com o juiz, um calendário vinculativo para a prática dos atos processuais (art. 191) – estipular mudanças no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa (art. 190). Mas, como foi observado, essa tentativa de flexibilização ou adaptação, para funcionar na prática, deverá contar com uma mudança de cultura do juiz e dos advogados, pouco inclinados a dialogar com a parte contrária.

Claro que nunca se poderá ajuizar uma monitória que não se ampare em prova documental idônea (art. 700), nem pedir uma tutela executiva que não se baseie em um dos títulos elencados pela lei (art. 786). Mas deveria ser perfeitamente possível introduzir no procedimento ordinário algumas técnicas previstas pelas possessórias, quando cabível; ou aplicar a outros conflitos societários o procedimento previsto para a dissolução parcial de sociedades; ou ampliar as técnicas de homologação do penhor legal para a tutela de interesses análogos; ou transportar algumas das técnicas da regulação de avaria grossa a outros conflitos suscitados na área do direito marítimo.

Seja como for, entendemos que a abertura à adaptabilidade do procedimento, prevista no CPC, brasileiro, de rígido que é – e continua sendo – se abra gostaríamos de ter visto, no novo Código, é o *diálogo dos procedimentos*.

Mesmo entre nós, ao contrário, é flexível o procedimento seguido no juízo arbitral, em que as partes e o árbitro, de comum acordo, podem livremente dispor sobre ele. E, observe-se, nem por isto há entraves para a fluência do processo arbitral, nem atentados à segurança jurídica (argumentos utilizados para defender o princípio da legalidade do procedimento).

5. Conflitos individuais e conflitos coletivos

Até agora, falamos exclusivamente de conflitos individuais. Mas, ao lado deles (e não como uma soma deles) existem *conflitos coletivos*. Conflitos de massa, numa sociedade de massa. Conflitos que envolvem coletividades de pessoas – como os membros de grupos, categorias e classes de pessoas e que são sinteticamente referíveis à *qualidade de vida*. Ditos também *direitos comunitários*, por pertencerem a uma comunidade de pessoas, indeterminada ou determinada, que persegue um objetivo comum, esses direitos formam uma nova geração de direitos fundamentais, ou seja os *direitos de solidariedade*. E eles também são objeto de tutela jurisdicional.

Seriam interesses privados ou interesses públicos? Mauro Cappelletti, precursor de seu estudo no ordenamento romano-germânico, nos anos 60 do século passado ensinou, em lição por vezes esquecida pela doutrina contemporânea, que eles não são públicos nem privados, mas constituem um *tertium genus*, colocando-se a meio caminho entre uns e outros. Não são interesses privados, pois transcendem à esfera individual (e por isto são também chamados de

direitos ou interesses *metaindividuais* ou *transindividuais*). Mas tampouco são públicos, porque o interesse público é aquele que o cidadão, individual ou coletivamente, exerce em face do Estado para a fruição de um bem da vida a que todos têm direito: a saúde, a educação, a segurança pública, à moradia. Os direitos metaindividuais, por sua vez, pertencem a uma categoria, grupo ou classe de pessoas, e só a eles.

Um exemplo esclarecerá a ideia: todos nós, cidadãos brasileiros e até estrangeiros, temos direito à preservação da floresta amazônica. Este é um interesse público. Mas os habitantes de uma parcela do território da Amazônia – ou seja, uma comunidade de pessoas – têm o direito específico a que não seja contaminado o rio às cujas margens vivem. Este é o interesse metaindividual, próprio e específico daquela comunidade.

E o que importa para a processualidade é que os direitos metaindividuais são tutelados por *processos coletivos*; mas os direitos públicos são tutelados por uma espécie típica de processo coletivo, que é denominado *processo de interesse público* ou *processo estrutural*. E o procedimento do processo coletivo, que chamaremos genérico, é diferente daquele do processo coletivo estrutural, porque o primeiro deve ser adequado à solução de um conflito coletivo limitado a uma comunidade, enquanto o segundo deve ser adequado a obter a fruição de direitos sociais (ou prestacionais) assegurados a toda a população e que dependem de *políticas públicas*.

Entende-se por políticas públicas o conjunto de instrumentos necessários utilizado pelo Estado para propiciar a fruição dos direitos sociais de natureza

prestacional) previstos na Constituição. Todos os poderes do Estado são responsáveis pelas Políticas Públicas. O Legislativo as formula mediante leis e outros atos normativos; o Executivo as planeja e executa. Mas se houver omissão ou incorreção na atuação de qualquer dos Poderes (ou seja, na formulação ou execução das políticas públicas), o Judiciário – sempre a posteriori e só quando provocado – exerce o seu controle, que nada mais representa do que um controle da constitucionalidade, pois os direitos sociais são assegurados pela Constituição, e a inexistência ou incorreção de uma política pública, em última análise, vulnera a Constituição.

Dito isto, trataremos primeiro do processo e procedimento coletivo aplicável aos conflitos metaindividuais (que chamaremos processo coletivo genérico) e depois do processo coletivo de interesse público ou estrutural, destinado ao controle de políticas públicas.

6. Processo coletivo (genérico)

O Brasil foi pioneiro, entre os países de *civil law*, na instituição de um novo *processo coletivo* para a solução de conflitos metaindividuais.

Antes de tudo, houve a introdução, no ordenamento, da tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos, de natureza indivisível, ocorrida pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65); depois, mediante a promulgação da Lei n. 7.347/85 sobre a denominada “ação civil pública”; a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses ou direitos; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito metaindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses ou direitos difusos e coletivos, criando a

categoria dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos, que abriram caminho às ações coletivas reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos.

Pode-se afirmar, hoje, a existência de um microssistema brasileiro de processos coletivos, constituído principalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor, que se aplicam a todos os processos coletivos, em qualquer área.

Infelizmente, a Lei do mandado de segurança (Lei n. 2016/2009), que também regula o MS coletivo! art. 21 e 22) não se adequou ao minissistema, sobretudo em relação aos interesses ou direitos tutelados e à coisa julgada.

A instituição de um novo processo, diferente do individual, foi estritamente necessário para a adequada solução dos conflitos coletivos metaindividuais. Foi preciso rever os esquemas da *legitimidade* para atuar em juízo, da *coisa julgada*, das funções do juiz, do Ministério Público, da Defensoria Pública. Foi também preciso repensar os *corpos intermediários*, como as associações e os sindicatos, bem como outras instituições públicas e privadas habilitadas a serem portadoras, em juízo, dos interesses ou direitos próprios de uma sociedade de massa (*legitimacy of representation*).

O *common law* instituiu as *class actions* há mais de setenta anos e alguns de seus institutos inspiraram os sistemas de matriz romano-germânica (*civil law*) que, no entanto, foram capazes de escolher estruturas processuais mais adequadas à realidade fática e aos princípios jurídicos próprios de cada país.

Também foi preciso repensar fenômenos como a concomitância de ações individuais e ações coletivas, da conexão e da litispendência, do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, do conhecimento dos atos processuais. E foi necessário oferecer novos estímulos para o acesso à justiça, com a dispensa de pagamento de custas e honorários.

Pode-se, assim, falar de um *direito processual coletivo*, com institutos e técnicas diversas das utilizadas pelo direito processual individual.

7. Conflitos a serem solucionados pelo processo coletivo genérico

A primeira subdivisão a ser feita dos conflitos coletivos consiste na distinção entre *indivisíveis* e *divisíveis*. Os primeiros são essencialmente coletivos, os segundos são acidentalmente coletivos, porque na verdade se caracterizam como conflitos individuais, que podem ser processualmente tratados de forma coletiva (Barbosa Moreira). E, por serem direitos individuais, são divisíveis: o bem pleiteado pode ser atribuído a um e não a outro integrante da coletividade.

Esta última categoria caracteriza a tutela coletiva dos direitos individuais, chamados pela lei de *direitos individuais homogêneos*.

A indivisibilidade dos conflitos essencialmente coletivos indica que eles só podem ser tratados e solucionados pelo processo de maneira idêntica em relação a todos os titulares. Os componentes do grupo, categoria

ou classe de pessoas que invocam a tutela terão, todos, de maneira igual e uniforme, a pretensão acolhida ou rejeitada. Se se pede a reconstituição do meio ambiente contaminado, a retirada do mercado de um produto perigoso, a interdição de um estabelecimento poluente, a cessação da publicidade enganosa, todos e cada qual dos membros do grupo terá, de maneira idêntica, a pretensão acolhida ou rejeitada. Não há como despoluir para um, sem despoluir para o outro. Não há como rejeitar a pretensão de interdição do estabelecimento contrariando o interesse de um, sem contrariar o interesse de todos.

Estamos falando, agora, da tutela dos *direitos propriamente coletivos, em sentido amplo*.

Entre os conflitos propriamente coletivos, ainda é possível fazer uma classificação dos titulares, de acordo com a sua maior ou menor *indeterminação*: a indeterminação e indeterminabilidade absoluta dos titulares do conflito contrapõe-se à indeterminação, acompanhada porém da determinabilidade, de seus titulares. Ou seja, os sujeitos do conflito coletivo podem ser mais ou menos determinados.

São totalmente indeterminados e indetermináveis os titulares de um conflito coletivo, que sejam ligados exclusivamente por uma relação de fato, sem qualquer vínculo jurídico entre eles: o fato de habitarem a mesma região, de consumirem o mesmo produto, de utilizarem o mesmo serviço público resulta em circunstâncias contingenciais e mutáveis, que não permitem qualquer identificação dos membros da coletividade. O habitante de hoje pode não ser mais o habitante de ontem, o usuário de um determinado serviço público pode deixar de sê-lo.

Trata-se, aqui da tutela dos direitos que a lei chama *difusos*.

Mas, embora ainda sejam indeterminados, se existe uma relação jurídica entre os membros da categoria ou classe de pessoas (como um vínculo associativo ou sindical), ou entre cada membro e a parte contrária (como na relação jurídica entre o aluno ou seu responsável e uma determinada escola) embora os titulares sejam indeterminados, são determináveis.

Essa é a tutela dos chamados *direitos coletivos stricto sensu*.

Assim, os *direitos difusos e coletivos s.s.* compartilham da indivisibilidade do objeto e se distinguem pela maior ou menor indeterminação dos titulares dos conflitos; o regime da coisa julgada – necessariamente *erga omnes* em decorrência da própria indivisibilidade do objeto – é igual nas duas categorias. Trata-se, portanto, de uma coisa julgada *pro et contra*.

Para os interesses difusos e coletivos s.s., a lei ainda prevê a inexistência de coisa julgada na hipótese de a demanda ser rejeitada por insuficiência de provas.

O regime da coisa julgada na tutela dos interesses individuais homogêneos – ou tutela coletiva de direitos individuais – é totalmente diferente, pois aqui se trata de direitos subjetivos clássicos, que podem ser tratados separadamente em processo individual, e que o são coletivamente apenas por uma questão de facilitação de acesso à justiça, de julgamento uniforme e de economia processual.

O sistema brasileiro escolheu o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja para beneficiar mas não prejudicar as pretensões individuais, respeitando assim plenamente o princípio do contraditório, pois quem não participou (pessoalmente) da demanda não pode ser prejudicado pelo resultado.

Esta é uma questão espinhosa para o processo coletivo, havendo ordenamentos que preferem a técnica do *opt in* ou do *opt out*, em que o membro do grupo, categoria ou classe tem que manifestar sua intenção de integrar a demanda coletiva ou dela ser excluído, para efeito de ser atingido ou não pela coisa julgada. Em geral, nas ações de classe do sistema anglo-saxão prefere-se o *opt out* e nas do sistema europeu o *opt in*.

8. Conflitos a serem solucionados pelo processo coletivo estratégico

Conflitos de interesse público ou estratégicos são os que surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição de direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional. Envolvem eles a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas ou indevidamente cumpridas. Trata-se de conflitos com o próprio Estado, grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana. Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década dos '50 do século passado no direito norte-americano.

Amplamente conhecido é o emblemático caso “Brown vs. Board Education of Topeka”, conduzido pela Corte Warren,, juntamente com outros precedentes que permitiram o desenvolvimento da doutrina. Mauro Cappelletti, foi o grande propulsor dessas ideias, em 1976. E entre nós, referindo-se às transformações processuais apontadas por Chayes, manifestou-se Fábio Konder Comparato sobre as características da chamada *public law litigation*.

E assim foi se afirmando o reconhecimento da existência de uma importante categoria de litígios de direito público, que deve ser diferenciado não só da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da tutela coletiva genérica, pois agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional, envolvendo outros “poderes” estatais e a solução que se busca é estrutural.

Estamos falando do controle jurisdicional de políticas públicas, ao qual se opunham à interpretação rígida do princípio de separação de poderes e da discricionariedade do ato administrativo. Mas hoje o controle é amplamente aceito e praticado pelos tribunais, inclusive pela Justiça brasileira.

O posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas – rebatendo os argumentos de infringência aos princípios da separação dos poderes e à vedação do controle do mérito da atuação administrativa – veio sendo construído, entre nós, sobretudo por obra do Supremo Tribunal Federal, a partir do *leading case* constituído pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (ADPF 45-9). Nesta também se fixaram os limites para a

intervenção do Judiciário em políticas públicas: a existência do *mínimo existencial* (ou seja, a proteção de um bem indispensável à dignidade humana), a *reserva do possível* (a existência de recursos financeiros) e a *razoabilidade* (que se resolve pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ou do justo equilíbrio).

Mais recentemente, o Ministro Celso de Mello chegou a afirmar que, em se tratando de mínimo existencial, não cabe sequer opôr à pretensão a reserva do possível, considerando assim o mínimo existencial-o limite dos limites (RE n. 482.611 Santa Catarina).

A posição da mais alta Corte do país é firme no sentido da possibilidade e até da necessidade de controle jurisdicional de políticas públicas, acompanhada de maneira uniforme pelos juízes e tribunais de todo o país.

Para o acompanhamento de diversas decisões do STF, ver o RE n. 552168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 22/10/2010. Mais recentemente (13/8/15) manifestou-se o STF na mesma linha em julgamento de Repercussão Geral (Tema 220).

Mas, para que o controle jurisdicional de políticas públicas se faça de maneira justa, equilibrada e exequível, é necessário instituir um novo processo, que é justamente o processo adequado à solução dos conflitos de interesse público: o processo chamado *estrutural*.

Neste, deve se levar em conta que o diálogo processual que se estabelece não se limita às partes, mas tem natureza institucional, envolvendo outros “poderes” estatais. Daí deriva que a construção e execução da política pública devem envolver a colaboração dos outros Poderes,

preferivelmente pela via de soluções consensuais. O contraditório deve se abrir e a participação da sociedade civil que deve ser incentivada por todos os meios. A cognição do juiz é ampliada, servindo-se ele de assessorias especializadas e das próprias informações do Poder Público para que, se não houver acordo, o magistrado se dê conta dos efeitos de sua decisão e para que esta possa ser justa, equilibrada e exequível. As decisões – que podem ser progressivas – não devem versar sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projetar-se para o futuro, numa dimensão prospectiva. A ordem do juiz não deve ser mais a de “pague”, ou “faça”, mas uma mera indicação dos passos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença.

Tem-se dito que a sentença que se projeta para o futuro não é exclusividade do processo estrutural, pois também no processo comum a sentença pode dar ordens para o futuro (como no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, ou no mandado de segurança). Mas no processo clássico (individual ou coletivo), as sentenças são sempre proferidas na base do exame de fatos ocorridos no passado. No processo de interesse público olha-se para o *presente*, para *transformar a realidade*, estruturalmente, para o futuro. É isto que, para a ciência política, se configura como elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

O cumprimento da sentença, por sua vez, deve ser flexibilizado, com a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução, podendo servir-se para tanto de um terceiro independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, que se ocupe de acompanhar as diversas fases da execução (aprovação do planejamento, cronograma de execução,

seu controle, adaptações dos planos iniciais), sempre em comunicação estreita com o juiz e sob seu comando.

A simples existência de um processo estrutural, que olha para o futuro, criando novas situações jurídicas, torna sem sentido a velha discussão entre os adeptos da teoria monista e da teoria dualista do processo. Segundo a primeira (Carnelutti) é o processo que cria o direito. Segundo a segunda (Chiovenda), o processo só declara o direito pré-existente, já regulado pelo direito material. Daí surgiram incontáveis discussões terminológicas sobre a “composição do conflito” (feita pelo processo, segundo a teoria monista) e a “solução do conflito” (feita de acordo com o direito material, pela teoria dualista.) Hoje, a realidade mostra que existem processos – os chamados tradicionais – que efetivamente se limitam a aplicar o direito material pré-existente – e processos, com os estruturais, que criam a regra que vai reger a situação jurídica no futuro. Além de se admitir hoje, em muitos ordenamentos (incluindo o brasileiro) a função criadora da jurisprudência. Ver capítulos IV e VIII.

A antiga discussão não faz hoje qualquer sentido e no entanto continua sendo repetida na literatura processual contemporânea.

Todavia, é preciso alertar que esse novo processo, que exige a aplicação do chamado método dialogal, com o diálogo entre os Poderes, maior publicidade, participação e transparência, ainda não existe formalmente. Mas a jurisprudência de diversos países tem sabido criá-lo, modificando os esquemas processuais clássicos.

Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o “Beatriz Mendonça”, que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o Defensor do Povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu-se a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao Defensor do Povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado.

Outros casos foram conduzidos da mesma maneira pela Suprema Corte da Argentina. A Corte Constitucional da Colômbia atuou do mesmo modo em casos de política prisional e de saúde (Berizonce).

Seguindo os mesmos princípios, diversos países hoje acolhem a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas por intermédio do chamado processo de interesse público, como a Índia e a África do Sul. E não é por acaso que a necessidade de controle se faça mais necessário em países emergentes, onde Legislativo e Executivo são frequentemente omissos e os direitos fundamentais sociais menos respeitados.

No Brasil, os tribunais, em geral, não têm tido o mesmo cuidado e tem-se visto a substituição do administrador pelo juiz. Após a sentença condenatória, rígida e fixa, seu cumprimento tem sido muito difícil e frequentemente inexecutável. Ou seja, o processo e o procedimento comum, utilizado nesses casos, não foram adequados para a solução do conflito estrutural.

Como exemplos, lembra-se o caso do Hospital Salgado Filho, do Município de Porto Alegre, agora em andamento perante o STF (Agravo de Instrumento n. 854.007) e o primeiro tópico da condenação do Município de São Paulo no caso das creches (TJSP Apelação 0150735-64-2008) que também se encontra perante o STF. Em ambos os casos, *o juiz substituiu-se ao administrador*, o que não lhe é permitido.

Ressalva-se, entre muitas decisões equivocada, o caso do carvão de Criciúma, que seguiu os parâmetros de um verdadeiro processo estrutural ([www.jfsc.jus.br/acao do carvão](http://www.jfsc.jus.br/acao_do_carvao)).

Por isso mesmo, seria oportuno regular, legislativamente, um novo processo destinado a disciplinar o controle jurisdicional de políticas públicas, com as características supra indicadas, o que daria maior equilíbrio

no embate entre os poderes, com o compromisso da busca de soluções consensuais, propiciando mais segurança ao juiz para chegar a decisões que não dirimam o conflito olhando para o passado, mas que se projetem para o futuro.

Está tramitando na Câmara dos Deputados o projeto de lei n. 8058/2014, apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, que visa a instituir o processo e procedimento adequados para o controle jurisdicional de políticas públicas. Autores do Anteprojeto, amplamente discutido, foram Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Paulo Lucon.

Mas o que fazer, *de lege lata*? Nada mais do que fizeram outros países. Moldar um novo procedimento, adequado ao conflito de interesse público, com comandos abertos, sucessivos, concatenados e pautados no diálogo.

O STF, perante o qual foi levada a questão pela iniciativa do Instituto dos Advogados de São Paulo, no papel de *amicus curiae*, poderá imprimir o rumo certo a ser seguido pelos juízes brasileiros. E, na cautelar da APDF 347, em que a situação carcerária foi enquadrada como “estado de coisas inconstitucional” (expressão utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia) a Suprema Corte já demonstrou que está em busca de uma solução estrutural.

9. Funcionalidade e disfuncionalidades do processo coletivo genérico brasileiro

A legislação brasileira que trata da solução de conflitos coletivos cuidou ao mesmo tempo de institutos processuais e de procedimentos diversos, que são, essencialmente, os da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e da ação popular constitucional.

Para examinar a adequação desses instrumentos, vamos analisá-los numa visão geral, centrada principalmente no instrumento mais genérico: a ação civil pública.

Não há dúvidas de que a introdução e a aplicação do processo coletivo, no Brasil, revolucionaram o direito processual e mudaram a fisionomia da justiça. Ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade em relação ao acesso à justiça e à transformação de um processo individualista para um processo social. Muitos são os méritos do processo coletivo brasileiro, mas ainda há dificuldades em sua aplicação.

Assim, por exemplo, dúvidas e problemas surgem sobre a natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a competência concorrente (que tem como consequência a proliferação de demandas, chegando a questão ao STJ só para resolver conflitos de competência), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a coexistência de ações individuais e coletivas, a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda.

Por outro lado, é certo que o Poder Executivo tem tomado diversas iniciativas capazes de limitar a abrangência das ações coletivas; que o Poder Judiciário, como um todo, tem hesitado em relação a teses que oscilam entre a abertura e o fechamento das vias coletivas; que o juiz, via de regra, não sabe lidar e não gosta de ações coletivas, preferindo sempre a solução individual; que os legitimados subutilizam as ações coletivas, sobretudo em campos como

o da saúde, em que se multiplicam e proliferam as ações individuais. E o legislador brasileiro não se tem mostrado sensível à necessidade de aperfeiçoamento do sistema.

Diversas iniciativas objetivando referido aperfeiçoamento ficaram frustradas: entre as mais vistosas estão o projeto de lei n. 5139/2009, de iniciativa do Executivo, que foi rejeitado em 2009 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados; e o projeto de lei do Senado n. 282/2012, de iniciativa de comissão constituída pelo Sen Sarney, que foi arquivado ao se encerrar a legislatura, em 2014.

Por outro lado, ainda não se encontrou solução correta e definitiva para resolver a questão da proliferação de demandas individuais, coexistentes ou não com demandas coletivas, e de sua possível molecularização, para reuni-las ou transformá-las em processos coletivos.

10. Molecularização de demandas individuais

O acesso à Justiça para a fruição de direitos fundamentais, que a Constituição declara solenemente serem de aplicação imediata (art. 5º, § 1º) é aberto a todos, por força do disposto no inc. XXXV do art. 5º, o que significa que tanto a coletividade, para a defesa de direitos metaindividuais, como o indivíduo, para a defesa de direitos subjetivos, podem ajuizar quer ações coletivas quer ações individuais. E as estatísticas mostram que, apesar da plena operacionalidade do minissistema das ações coletivas e dos esforços dos que a elas são legitimados (principalmente Ministério e Defensoria Pública e, em menor medida, as associações), os processos coletivos ainda são subutilizados

no Brasil, havendo grande preponderância de ações individuais em relação às coletivas.

Isto significa fragmentar a prestação jurisdicional, fomentar a contradição entre julgados, tratar desigualmente os que estão exatamente na mesma situação (jurídica ou fática) e assoberbar os tribunais, que devem processar e julgar em separado milhares, ou centenas de milhares de demandas repetitivas, quando um único julgamento em ação coletiva poderia resolver a questão *erga omnes*.

É certo que o novo CPC prevê um *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 976 ss.) que de alguma maneira pode amenizar o problema: mas aqui ainda se trata de uma técnica para agrupar demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando às demais, que ficam suspensas, a mesma tese (exclusivamente de direito). As ações ainda são individuais e as decisões, embora uniformes, só operam *inter partes*. É uma técnica que visa à celeridade e à uniformidade de decisões, mas ainda não se trata de verdadeira *coletivização* e nenhuma influência essa técnica exerce sobre o minissistema de processos coletivos.

Para que isso ocorresse, era preciso dar um passo mais e aglomerar ou transformar ações individuais em ações coletivas, com efeitos *erga omnes*.

Mas, que demandas coletivizar e como coletivizar?

Aqui, torna-se necessária uma pequena digressão.

Entre as demandas estritamente individuais e estritamente coletivas, existe um plano intermediário, com duas hipóteses possíveis:

- a) a ação é ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença acabam atingindo a coletividade. Assim se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, pretende o fechamento de uma casa noturna, em virtude do ruído que o perturba, ou de uma fábrica poluente, que o atinge, a sentença, favorável ou desfavorável, atingirá todos os membros da comunidade que sofriam os efeitos da casa noturna ou da fábrica poluente. Neste caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos. De nada adianta afirmar que a coisa julgada atua *inter partes*, por se tratar de ação individual, porque (ainda que reflexamente) atingirá a todos.
- b) o pedido, embora baseado num direito subjetivo, na verdade só pode ser formulado coletivamente, pois só pode afetar diretamente a todos. Trata-se de casos em que a relação de direito material, jurídica ou de fato, é unitária, e só pode ser resolvida de maneira igual para todos. A denominação para esse tipo de ações é pseudoindividuais.

Exemplo clamoroso de ações pseudoindividuais, que foram julgadas erroneamente como individuais, foi o de centenas de milhares de ações que pediam a isenção do pagamento da tarifa telefônica. Aqui, por disposição do direito material, a relação jurídica era unitária, pois a tarifa necessariamente devia ser igual para todos, de modo que ou era paga por todos ou não era paga por ninguém (Kazuo Watanabe).

Feita essa observação, e tendo presente a diferença feita acima entre a tutela de direitos difusos ou coletivos

(*stricto sensu*) e individuais homogêneos, pode-se responder à pergunta: *que demandas coletivizar, e como coletivizar?*

As demandas puramente individuais só podem ser coletivizadas quando se tratar de demandas repetitivas, por intermédio de uma única *ação coletiva em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos*, que decidirá a questão uma vez por todas, passando os indivíduos diretamente à fase de liquidação e execução, a título pessoal. As ações individuais ficarão necessariamente suspensas, com exceção de casos de urgência. Esta é a única coletivização possível, e dependerá da iniciativa dos legitimados.

Mas, se se tratar de uma ação individual com efeitos coletivos ou de uma *ação pseudoindividual*, por sua própria natureza *deveria* ela ser convertida em *ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (stricto sensu)*. Não é possível tratá-la como individual, porque individual não é, e a coletivização deve ser feita *ope judicis*. Claro que, nesses casos, o contraditório deverá ser preservado e a deverá ser permitida a presença do autor original no pólo ativo.

As duas técnicas estavam no novo CPC, mas uma delas foi vetada.

A primeira técnica, que prevaleceu, visa a reunir ações individuais repetitivas em uma única ação em defesa de direitos individuais homogêneos, estimulando para tanto os legitimados às ações coletivas, quando se depararem com diversas demandas individuais repetitivas, a ajuizar a ação coletiva (art. 139, X).

Não se especifica, porém, que as ações individuais ficarão suspensas – ressalvados os casos em que a suspensão ocasionaria prejuízos ao demandante individuais – nem se os autores de demandas individuais poderão ingressar no processo coletivo como litisconsortes.

A segunda técnica de coletivização inserida no novo Código era a prevista no art. 333, que a denominava de *conversão da ação individual em ação coletiva*.

Esta técnica visava à coletivização de ações impropriamente ajuizadas como individuais, mas que na verdade só poderiam ser propostas como *ações coletivas em defesa de interesses difusos ou coletivos*.

Cuidava-se aqui da coletivização de uma *demanda individual com efeitos coletivos* (art. 333, I) ou da *demanda pseudoindividual* (art. 333, II) e a ação coletiva trataria da defesa de direitos difusos ou coletivos (ss). Mas o dispositivo foi vetado.

Ambas as técnicas seriam complementares, e não excludentes, da utilizada para o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Agora, a coletivização de demanda individual com efeitos coletivos e de demandas pseudo-coletivas está prevista no Projeto de Lei n. 8058/2014, mencionado no n. 8 supra.

11. Métodos não judiciais de solução de conflitos

Mesmo com essa moderna vocação a oferecer tutelas jurisdicionais diferenciadas, a Justiça estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos. Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia

de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution* ou, em outra denominação, *meios alternativos de solução de conflitos*), nos quais se busca uma *autocomposição*, isto é, uma solução do conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação), ou uma *heterocomposição privada* (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes).

Como forma de autocomposição existe também a *negociação*, em que as partes em conflito dirimem seus conflitos diretamente ou com a colaboração de um terceiro (*negociação assistida*).

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5º inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional. Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (que hoje, conforme visto, caracterizamos como atividade, função e garantia, voltada ao acesso à justiça e à pacificação dos conflitos: ver capítulo I).

12. Conflitos adequados à solução pela arbitragem

A Arbitragem foi revigorada no Brasil pela Lei n.9037/96, que alinhou as antigas disposições do CPC de 1973 ao tratamento dos demais países, mais familiarizados com o instituto. Recentemente, a Lei n. 13129/2015 introduziu algumas alterações que a aperfeiçoaram e a ampliaram. Pode-se afirmar que hoje a arbitragem é bastante utilizada no país e está em franca expansão.

Na verdade, até o julgamento do STF, de 12/12/2001, que considerou a lei de 1996 constitucional, em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira (SE 5206), a aplicação da arbitragem tinha ficado em compasso de espera.

Todavia, nem todos os conflitos podem ser submetidos à arbitragem, que só pode ter por objeto direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, deve-se observar que a antiga visão da indisponibilidade de direitos está a cada dia mais enfraquecida, pois mesmo nos direitos indisponíveis pode haver transação em relação ao tempo, modo, forma de cumprimento da obrigação.

Predomina na arbitragem a autonomia da vontade das partes, que a ela se submetem voluntariamente por meio da *clausula compromissória*, de natureza contratual, antes que o conflito surja, ou pela *convenção arbitral*, de natureza negocial, antes ou depois do surgimento do conflito. São as partes que escolhem os árbitros. O *procedimento arbitral* é informal e inteiramente flexível. Pode ser livremente pactuado de comum acordo, podendo as partes escolher a lei aplicável e até o julgamento por equidade.

O julgamento por equidade é um julgamento que não deve necessariamente se basear nas disposições legais previstas no ordenamento, obedecendo aos critérios de justiça e não de legalidade estrita.

A imparcialidade e a equidistância dos árbitros são plenamente asseguradas, equivalendo totalmente às do juiz togado.

A celeridade, a flexibilidade, a confidencialidade, o sigilo são características essenciais do procedimento, sendo que a sentença arbitral se reveste da autoridade da coisa julgada e só pode ser atacada junto ao Poder Judiciário quando houver descumprimento das garantias constitucionais ou de regras de ordem pública. O Judiciário não pode apreciar o mérito da sentença arbitral e, em caso de anulação por um desses vícios, o julgamento de mérito retorna aos árbitros. Trata-se, portanto, de um juízo de mérito único.

Tem-se, com isto, um procedimento perfeitamente adequado à solução de um conflito determinado e específico. Fala-se da justiça arbitral como de um sistema totalmente diferente do constituído pelo da Justiça estatal, mas seria muito oportuno que este último se inspirasse naquele, em termos de flexibilização e de adaptabilidade. É certo que algumas características próprias da arbitragem foram incorporadas pelo CPC de 2015: a possibilidade de as partes exercerem a autonomia da vontade, por adaptabilidade do procedimento. Mas nosso processo judicial continua rígido e privilegia as preclusões.

Por outro lado, tradicionalmente a arbitragem tem sido considerada mais adequada para a solução de conflitos que envolvem empresas, em suas relações nacionais ou internacionais, mais interessadas na preservação de sua

imagem pública pelo sigilo e atraídas pela especialização dos árbitros. Mas lentamente a arbitragem está se estendendo a relações interpessoais e está sendo tomada em consideração também por órgãos públicos.

13. Conflitos adequados à solução pela justiça conciliativa

Mas, mesmo na arbitragem, ainda estamos perante a de um procedimento adversarial e de uma solução do conflito imposta.

Diversa é a justiça conciliativa, em que são os próprios titulares que constroem o consenso, solucionando o conflito de acordo com sua vontade informada.

Falamos em justiça conciliativa para indicar os meios consensuais de solução de conflitos ligados ao processo.. No entanto, é preciso lembrar que esses métodos também podem ser extrajudiciais, utilizados para evitar o processo.

A utilização da conciliação e mediação foi disciplinada no Brasil pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses. O Código de Processo Civil de 2015 privilegia a conciliação e a mediação, tanto na Parte Geral, como em disposições específicas sobre esses métodos, como a que institui a audiência de conciliação/mediação, anterior à contestação do réu (art.331). Um pouco antes, tinha entrado em vigor a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), com disposições sobre a mediação judicial e extrajudicial. Pode-se afirmar que os três diplomas normativos, que são compatíveis, constituem hoje o minissistema brasileiro de justiça consensual.

O principal fundamento da justiça conciliativa é a *pacificação*. No processo judicial e na arbitragem, em que a decisão é imposta, a pacificação pode até existir no plano social (pois o conflito foi dirimido em face da sociedade), mas certamente não existe para as partes. No chamado *perde-ganha* sempre haverá uma parte insatisfeita (quando não as duas, como acontece na sucumbência recíproca). Além disso, mesmo na pacificação social, apenas uma parte do conflito – a parte levada ao processo judicial ou arbitral – é solucionada, restando à sua base o conflito sociológico. Também é importante o *fundamento político* da justiça participativa, pois não só mediadores e conciliadores, como as próprias partes, *participam* da solução do conflito, o que é característico da democracia participativa, com seus vários momentos em que a sociedade é chamada a atuar. O terceiro fundamento – talvez o mais discutível de todos – é o *funcional*, porque se afirma que a utilização desses instrumentos é capaz de desafogar o acúmulo de trabalho dos tribunais estatais. Mas, como já se afirmou, entendemos que para cada conflito exista um meio adequado de solução que, dependendo do caso, pode ser a Justiça estatal, arbitral ou conciliativa.

Em outros países, como os Estados Unidos da América, existe um amplo leque de instrumentos utilizados pela justiça conciliativa, selecionados conforme sua maior adequação a cada caso concreto nos chamados *tribunais multiportas*. No Brasil, entretanto, os métodos mais utilizados são a *negociação*, a *mediação* e a *conciliação*, além de outros, aplicáveis à Justiça restaurativa.

Trataremos, a seguir, sinteticamente dos principais métodos consensuais de solução de conflitos existentes no Brasil.

Na *negociação* as próprias partes envolvidas chegam a uma solução, sem que seja necessária a intervenção de um terceiro, podendo, entretanto, contar com o auxílio de profissional especialmente capacitado para o desenvolvimento de negociações (*negociação assistida*). A negociação direta apresenta-se como o método adequado, quando as partes mantêm bom relacionamento e conseguem tratar objetivamente das questões a decidir.

A *conciliação* se dá por intermédio da atividade desenvolvida por um terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar as partes a se autocomporem, adotando metodologia que permite a apresentação de propostas, visando à obtenção de um acordo, sem forçar as vontades dos participantes. O conciliador investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando as partes à celebração de um acordo. É indicada para a solução rápida e objetiva de conflitos superficiais, que não envolvem relacionamento entre as partes, não tendo a solução encontrada repercussão no futuro das vidas dos envolvidos.

E, assim, diferencia-se da mediação, na medida em que apresenta procedimento mais simplificado, não tendo o conciliador que investigar os verdadeiros interesses e necessidades das partes, subjacentes ao conflito aparente.

Pela *mediação* um terceiro facilitador, num ambiente sigiloso, auxilia as partes em conflito no restabelecimento do diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do conflito. Em outras palavras,

a mediação é um procedimento cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode (eventualmente) resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. Para tanto, exige-se que os participantes sejam plenamente capazes de decidir, pautando-se o procedimento pela livre manifestação da vontade dos participantes, boa-fé, livre escolha do mediador, no respeito e cooperação no tratamento do problema e na confidencialidade.

Em princípio, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados na mediação e, se esta não culminar num acordo, pelo menos os participantes terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva, pois o verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento.. A mediação representa, assim, uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, assistência social, assessoria, direito e outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar.

O procedimento de mediação e conciliação é baseado na *autonomia da vontade*, livremente manifestada, para atingir o *consenso*; na *informalidade*; na presença de um *terceiro facilitador imparcial*, devidamente capacitado, e na aplicação de técnicas diversas, aderentes à natureza do conflito.

Conciliação e mediação podem ser extrajudiciais (ocorrendo previamente ao processo judicial ou arbitral) ou judiciais (quando se dão dentro do processo já instaurado).

Durante muito tempo, negou-se natureza jurisdicional à mediação e conciliação judiciais. Claro que

isso se deveu ao próprio conceito clássico de *jurisdição* e aos elementos que a definiam, sendo os principais a *lide*, a *substitutividade*, a *coisa julgada* e a *inércia*. No entanto, conforme se viu no capítulo anterior, o conceito e os elementos da jurisdição podem e devem ser adaptados para atender a todos os meios jurisdicionais de solução de conflitos.

Falta examinar se todos os conflitos podem ser adequadamente solucionados pela justiça conciliativa. Em primeiro lugar, só os transacionáveis podem lhe ser submetidos.

Parece, porém, que nem todos os conflitos encontram sua melhor solução na justiça conciliativa. Quando se trata de conflitos complexos, cujo tratamento dependa do exame aprofundado da matéria de direito ou de provas complicadas, como no caso de perícias, a Justiça conciliativa não pode suplantar o processo estatal. É oportuno lembrar a palavra profética de Mauro Cappelletti: a justiça conciliativa é a mais adequada para as *relações coexistenciais*.

Por outro lado, existe um argumento inquietante, levantado por Michele Taruffo: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a complacência do terceiro facilitador.

A crítica não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho em muitos casos é de índole

matemática. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer uma parcela da importância devida. E no campo do consumidor, nos assim chamados "mutirões de conciliação", o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida.

A verdade é que só um conciliador/mediador altamente qualificado pode se dar conta do desequilíbrio (social, econômico, hierárquico, cultural, organizacional, etc.) entre as partes. Verificando sua existência, deverá tentar superá-lo com as técnicas à sua disposição. Mas, se não o conseguir, o procedimento deverá ser interrompido, com a submissão do conflito à Justiça estatal.

A almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte vulnerável. Para que a solução do conflito seja justa e adequada, a manifestação da vontade não pode ser só livre, mas também bem informada e totalmente compreendida.

14. Privatização da Justiça?

Sobretudo no início do ressurgimento das vias ditas alternativas, não faltaram críticas àquilo que se entendeu como uma privatização da Justiça. Afinal, o Estado estaria abrindo mão de seu poder jurisdicional, permitindo que a solução dos conflitos fosse atribuída a agentes privados.

Essa crítica não tem fundamento. Partindo da lógica da busca do instrumento mais adequado para a

solução de cada conflito, verifica-se que a Justiça estatal nem sempre se apresenta como a via melhor, mais eficiente e efetiva. O princípio da autonomia da vontade acabou se impondo sobre a ideia do monopólio estatal.

Por outro lado, sempre haverá largo espaço para a Justiça estatal: em primeiro lugar, em relação aos direitos indisponíveis ou não transacionáveis (como prefere dizer o minissistema de justiça conciliativa). Em segundo lugar, pela própria natureza do conflito.

Casos de perícias muito complexas, que demandam largo espaço de tempo, não serão adequadas para o juízo arbitral, que tem como característica a celeridade. Ou causas muito simples, apreciadas rapidamente pela Justiça estatal (como um despejo, ou algumas causas cíveis de menor complexidade) certamente não necessitam do recurso à arbitragem. Por sua vez, como visto no n. 13 acima, o mediados/conciliador pode perceber que o diálogo entre os conflitantes não se desenvolve como deveria, por questões diversas, e que não se chegará a uma decisão informada, devendo nesse caso encerrar o processo consensual, remetendo as partes às vias judiciais.

Conclusões

Utilizando a metodologia instrumental, o processo pode ser construído e analisado a partir dos conflitos que busca solucionar, de maneira efetiva, justa e adequada.

Embora seja possível partir de uma tipologia de conflitos, em busca do processo e procedimentos adequados à sua solução, o legislador não pode prever e

fixar o procedimento especial adequado à solução de cada conflito.

É necessário, por isto, adaptar e flexibilizar o procedimento para que responda à crise de direito material subjacente. Há que se avançar no caminho do diálogo dos procedimentos.

Os conflitos coletivos podem envolver grupos, categorias ou classes de pessoas ou nascer do interesse público ameaçado ou violado. Por isto, é necessário distinguir o processo coletivo genérico do processo coletivo estrutural e examinar sua funcionalidade e suas disfuncionalidades.

Além da utilização da justiça estatal, os conflitos podem ser solucionados pela justiça arbitral e pela justiça conciliativa. Todas elas se apresentam como meios mais ou menos adequadas para a solução de cada conflito.

Não é correto falar-se em privatização da justiça, em face do reconhecimento de vias mais adequadas para a solução de determinado conflito, livremente escolhida pelas partes, no uso de sua autonomia da vontade. Sempre sobrará muito espaço para a Justiça estatal, não só em função da existência de direitos indisponíveis ou não transacionáveis, como porque ela também pode se mostrar a via mais adequada no caso concreto.