

CAPÍTULO II

SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

5. sociedade e direito

É praticamente pacífico entre os estudiosos do direito e da sociologia jurídica o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mesmo os autores que sustentam ter o homem vivido uma fase evolutiva pré-jurídica formam ao lado dos demais para, sem divergência, reconhecerem que *ubi jus ibi societas*. Só não haveria lugar para o direito na imaginária hipótese de um ermitão vivendo em local deserto, sem convívio com ninguém e sem a subordinação a um Estado soberano, como no caso do legendário *Robinson Crusoe* antes da chegada do índio *Sexta-Feira* à sua ilha isolada do mundo.

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a *função ordenadora*, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros. Em outras palavras, a tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com os valores prevalentes em determinado momento e lugar – e daí dizer-se que o direito é a *ars boni et æqui*. Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como um dos instrumentos – sem dúvida o mais importante e eficaz entre os povos civilizados – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que cultiva, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

6. conflitos e insatisfações

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e apto à atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que entre elas podem surgir. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) a própria ordem jurídica proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., um casamento não pode ser anulado por simples ato consensual das partes, sendo necessária uma sentença que o anule). Também a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigito criminoso (*nulla pœna sine iudicio*).

Nessas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa, e a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição das situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social – inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitivis* do Estado em determinada situação concretamente considerada. Sendo o valor *liberdade* uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de quem quer que seja, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.

Os conflitos envolvendo pessoas ou grupos são também tratados como *crises jurídicas*, sabendo-se que crises são momentos de incerteza ou fragilidade na vida das pessoas, da sociedade como um todo ou mesmo de entes materiais ou imateriais compostos por aquelas ou por esta. Há crises de certeza, crises das situações jurídicas, crises de adimplemento e crises de conhecimento, cada uma dessas espécies comportando uma modalidade adequada de tutela processual (*supra*, n. 3; *infra*, nn. 276-281).

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode ser obtida por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (solução consensual, ou *autocomposição*) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda enquadram-se a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).

7. da autotutela à jurisdição

Hoje, se entre duas pessoas ou grupos de pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se quiser pôr fim a essa situação, o sujeito trate de chamar o Estado-juiz, o qual dirá afinal qual a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto (*declaração*) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (*execução*). Nem sempre foi assim, contudo.

Nas fases primitivas da civilização dos povos inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares; por isso, não só inexistia um órgão estatal que com soberania e autoridade garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada*, e quando o Estado chamou a si o *jus punitiois* ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressados. A esse regime chama-se *autotutela* (ou *autodefesa*) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura da presente fase da civilização dos povos, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a *justiça* mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.

São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da solução dos conflitos por uma das partes à outra.

Além da *autotutela*, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a *autocomposição* (a qual, de resto, perdura no direito moderno): uma das partes em conflito ou ambas abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição, as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis: a) *desistência* (renúncia à pretensão); b) *submissão* (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) *transação* (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem *parciais* – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas (nesse caso, solução *consensual* de conflitos).

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência era em geral confiada aos *sacerdotes*, cujas ligações com as divindades garantiriam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos *anciãos*, que, mais do que os outros, presumivelmente conheciam os costumes e os valores do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos no sentimento coletivo, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.

Na *autotutela*, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, impõe sua própria pretensão). A *autocomposição* e a *arbitragem*, ao contrário, limitavam-se a fixar a existência ou inexistência do direito; naqueles tempos iniciais o cumprimento da decisão continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (*autotutela*).

Mais tarde e à medida em que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história mostra que no direito romano arcaico (das origens do direito romano até ao século II aC, sendo dessa época a Lei das XII Tábuas) já o Estado participava, na medida da autoridade então conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Os cidadãos em conflito compareciam perante o *pretor*, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque à mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome *litiscontestatio*. Em seguida escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou *prætor (in jure)*, e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*.

Como se vê, já nesse período o Estado tinha alguma participação, pequena embora, na solução dos litígios. Tal sistema perdurou ainda

durante todo o período clássico do direito romano (período formular, século II aC a século II dC), sendo que, correspondentemente ao fortalecimento do Estado, aumentou a participação deste no processo através da conquista do poder de nomear o árbitro (o qual era de início nomeado pelas partes e apenas investido pelo magistrado). Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia em uma *arbitragem obrigatória*, que veio a substituir a anterior *arbitragem facultativa*. Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começou a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de *critério objetivo e vinculativo* para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o *legislador*. A Lei das XII Tábuas, do ano 450 aC, é um marco histórico fundamental dessa época.

Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*) veio outro, que se caracterizou pela invasão de área antes não pertencente ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, em vez de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse (*judex*). Essa nova fase, iniciada no século III dC, é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada *justiça privada* para a *justiça pública*: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de *jurisdição*.

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa – CP, art. 345); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de *fazer agir*, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como *instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução*.

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações – de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise

macroscópica da *tendência* no sentido de chegar ao Estado o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.

Para se ter uma ideia de como essas coisas se passam confusamente, observe-se o fenômeno análogo que ocorre com referência aos *conflitos internacionais*. A autotutela no plano internacional é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas) ou ainda pelos julgamentos de inimigos por tribunais dos adversários vencedores; mas coexiste com a autotutela a *autocomposição* (através de tratados internacionais) e, em alguma medida, a *arbitragem facultativa*. Ninguém é capaz de indicar, com precisão, quando começou a prática dessa arbitragem, e muito menos se no futuro poderá ser instituído um Superestado que venha a impor a todas as nações o seu poder (criando, então, uma verdadeira *jurisdição* supraestatal). As decisões dos tribunais internacionais, quando aplicadas aos Estados-membros, são bem o prenúncio de alguma evolução nesse sentido.

8. a função estatal pacificadora (jurisdição)

Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O *poder estatal*, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões. No estudo da *jurisdição* será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como *a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*.

O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. Na realidade, são de três ordens os escopos visados pelo Estado no exercício dela: *sociais, políticos e jurídico* (*supra*, n. 2).

A pacificação mediante a eliminação de conflitos por uma decisão justa é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício.

É para a consecução dos objetivos da jurisdição, e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

A partir desse conceito provisório de jurisdição e do próprio sistema processual já se pode compreender que aquela é uma função inserida entre as diversas funções estatais. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como uma responsabilidade estatal.

9. meios alternativos de solução de conflitos (pacificação social)

O extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dessa função*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (“exercício arbitrário das próprias razões” – CP, art. 345), seja pelo próprio Estado (“exercício arbitrário ou abuso de poder” – art. 350). A própria *autocomposição*, que nada tem de antissocial, não vinha sendo até recentemente estimulada pelo Estado. A *arbitragem*, que em alguns países é praticada muito intensamente e de modo especial no plano internacional, no Brasil vem ganhando muita força e vigor – e a opção por esse meio alternativo já é de extrema frequência, especialmente entre grandes empresas e com relação a litígios de grande porte econômico.

Devem ser estimuladas todas essas modalidades de soluções de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Se o que importa é *pacificar*, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito em sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição estatal.

O processo é *necessariamente formal* (embora não devam ser *formalistas* aqueles que operam o processo) porque suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, *devido processo legal* – Const., art. 5º, inc. LIV). No processo as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do *contraditório* (art. 5º, inc. LV) inclui também o direito das partes ao *diálogo* com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const., art. 93, inc. IX) etc.

Tudo isso, porém, toma *tempo*, e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz; mas, como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

Ao lado da *duração* do processo, seu *custo* constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os *preparos*), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.

Por outro lado, o processo estatal só pacifica a parte do conflito que houver sido judicializada e não todo o conflito social que está à sua base e pode ser mais amplo que aquele deduzido em juízo (*lides parciais*). É comum que, após a solução imperativa estatal, o vencido não fique satisfeito ou que as partes voltem a litigar, porque a pacificação não terá sido completa.

Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação, pela mediação e pela arbitragem – embora o próprio processo arbitral, visto como meio mais ágil de buscar a justiça, que respeita a autonomia das vontades mais do que o processo estatal, implique dificuldades representadas pelos custos indesejavelmente elevados.

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a *ruptura com o excessivo formalismo processual*. A *deformalização* é uma tendência quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a *deslegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade inexistentes nas soluções a cargo dos órgãos jurisdicionais estatais. Essa tendência manifesta-se não só no informalismo de certos procedimentos, como o arbitral, mas também na abertura de caminhos para os *juízos de equidade*, caracterizados como julgamentos não necessariamente limitados por disposições legais.

Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis), vão sendo incrementados os meios alternativos de pacificação social – representados essencialmente pela *conciliação, mediação e arbitragem*.

Da *conciliação* já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. O procedimento das reclamações trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação (CLT, arts. 846 e 850).

O Código de Processo Civil estabelece, com bastante amplitude, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º) – para logo em seguida dizer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º). No contexto dessa atitude de incentivo às soluções concertadas entre as partes, seu art. 139, inc. V, inclui entre os deveres do juiz o de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Não bastassem essas disposições de caráter geral, no procedimento comum a citação do réu será acompanhada de uma intimação a comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação (CPC, art. 334, *caput*). Esta só não será realizada quando a matéria em litígio não comportar autocomposição ou quando ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse em realizá-la (art. 334, § 4º). Se somente uma delas assim se manifestar e a outra declarar que pretende realizar a audiência ou simplesmente silenciar a respeito, a audiência será designada e o não-comparecimento de uma ou de outra será considerado um ato atentatório à dignidade da Justiça, com imposição de multa ao ausente (art. 334, § 8º).

Diante da falta de infraestrutura do Poder Judiciário para a realização dessa audiência inicial em todos os processos que as exigiriam e da percepção pelos juízes de que na grande maioria dos casos a realização da audiência seria infrutífera e serviria apenas para protelar o desfecho do processo, o art. 334 do Código de Processo Civil vem sendo interpretado pela Justiça em afronta à sua literalidade, no sentido de ser *facultativa* a designação da audiência. Em regra, vem sendo adotado o procedimento seguido na vigência do Código de 1973, com a intimação do réu para contestar.

Disposições complementares a essas e em alguma medida superpostas a elas são ditadas pela chamada Lei da Mediação (lei n. 13.140, de 26.6.15), a qual contém pormenores referentes à própria mediação em si

mesma, limites à sua obrigatoriedade, à figura do mediador, aos princípios a serem observados *etc.*

A *Lei dos Juizados Especiais* é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando-lhe especial destaque ao instituir uma verdadeira *fase conciliatória* no procedimento que disciplina: só se passa à instrução e julgamento da causa se, após toda a tentativa, não tiverem sido obtidas a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral (arts. 21-26).

Em matéria criminal a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla pœna sine iudicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira (*supra*, n. 4; *infra*, n. 13). Nova perspectiva abriu-se com a Constituição vigente, a qual determinou a instituição de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução (...) de infrações penais de menor potencial ofensivo (...) permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (art. 98, inc. I). E agora, nos termos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal. Mais recentemente a ampliação dos mecanismos consensuais no processo penal fez surgir a possibilidade de não haver oferecimento de denúncia, nas hipóteses de concessão da chamada “imunidade processual”, em razão da celebração da colaboração premiada no âmbito das organizações criminosas (lei 12.850/2013, art. 4º, § 4º). Além disso, a lei 13.964/2019 acrescentou o art. 28-A ao CPP, prevendo os “acordos de não persecução penal”, que pressupõe que o investigado confesse formalmente a prática da infração penal, em que não haja violência ou grave ameaça à pessoa, indique provas de seu cometimento e ainda cumpra determinadas condições, com naturezas de pena, o que fará com que não haja oferecimento de denúncia.

A conciliação pode ser *extraprocessual* ou (como nos casos vistos acima) *endoprocessual*. Em ambos os casos visa a induzir os próprios sujeitos em conflito a ditar uma solução para sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões) ou a *submissão* de uma destas à pretensão da outra (no processo civil, reconhecimento do pedido – CPC, art. 487, inc. III, *a*), ou a desistência da pretensão (*renúncia ao direito* – art. 487, inc. III, letra *c*). Tratando-se de conciliação *endoprocessual*, pode-se chegar ainda à mera *desistência da ação*, ou seja,

à revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art. 485, inc. VIII).

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos *juizes de paz* e por obra dos promotores de justiça até tempos relativamente recentes em comarcas do interior, ganhou especial alento com a *onda renovatória* voltada à solução das pequenas causas. Foram inicialmente os *Conselhos de Conciliação e Arbitramento*, instituídos pelos juizes gaúchos; depois, os *Juizados Informais de Conciliação*, criados em São Paulo para tentar somente a conciliação de pessoas em conflito, sem nada julgar em caso de não conseguir conciliá-las. A Lei dos Juizados Especiais recepcionou em seu sistema a atuação desses e de outros órgãos conciliadores extrajudiciais (Ministério Público inclusive) ao considerar como título hábil à execução forçada os acordos celebrados perante eles (art. 57, *caput* e par.). No plano constitucional existe abertura para a restauração da antiga *Justiça de Paz*, com “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional” (Const., art. 98, inc. II).

Em matéria criminal não há possibilidade de conciliação fora do processo. Mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, nas situações anteriormente referidas impõe-se sempre a necessidade do controle jurisdicional.

A *mediação* assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação *trabalha o conflito*, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

A mediação teve um bom impulso, nos últimos anos, por iniciativa de centros de mediação e de profissionais independentes. Os tribunais incentivaram a conciliação judicial, mediante iniciativas nacionais e locais. O Conselho Nacional de Justiça criou uma política de institucionalização de solução de conflitos pela mediação e conciliação judiciais, por intermédio da res. n. 125, de 2 de novembro de 2010, que veio a ser recepcionada pelo Código de Processo Civil vigente e pela Lei de Mediação.

A *arbitragem*, tradicionalmente regida pela lei material e pelo Código de Processo Civil, era instituto em desuso no direito brasileiro. Depois, com a Lei de Arbitragem, ela ganhou nova força e vigor e vai passando a ser utilizada efetivamente como meio alternativo para a pa-

cificação de pessoas em conflito. Como se verá mais adiante, ela só se admite em matéria civil (não penal), na medida da disponibilidade dos interesses substanciais em conflito.

10. *autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno*

Apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou mais astuto, em relação a certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções a tal proibição. Constituem exemplos o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 *etc.*), o *desforço imediato* (CC, art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a autoexecutoriedade das decisões administrativas *etc.* De certo modo podem ser incluídos entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crimes, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25 – CC, arts. 188, 929 e 930).

São duas as razões pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição.

Já a *autocomposição* é considerada legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na *conciliação ou na mediação*. De um modo geral pode-se dizer que é admitida sempre que não se trate de direitos tão intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que sua perda a degrade a situações intoleráveis.

Quando o interesse material for disponível admite-se a autocomposição em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão e renúncia (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessual). Em todas essas hipóteses surge um novo preceito jurídico concreto, nascido da vontade das partes (ou de uma delas), que irá validamente substituir aquela vontade da lei ordinariamente derivada do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo.

A autocomposição, quando buscada pelas vias da conciliação e da mediação, utiliza um *terceiro facilitador* para ajudar os próprios interessados a buscar e encontrar solução para seus conflitos. A *conciliação*

tende à obtenção de um *acordo* e é mais indicada para conflitos que não se protraíam no tempo (acidentes de veículos, relações de consumo). A *mediação* visa prioritariamente a *trabalhar o conflito*, consistindo na busca de um acordo objetivo secundário, e é mais indicada para conflitos que se protraíam no tempo (relações de vizinhança, de família ou entre empresas *etc.*). A *autocomposição* é instrumento precipuamente voltado à pacificação social, em alguns casos mais que a própria sentença, pois lida com todo o conflito existente entre as partes em sua vida real e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo.

O *juízo arbitral* é delineado no direito brasileiro da seguinte forma:

a) *convenção de arbitragem* (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: LA, art. 3º); b) limitação aos *litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (art. 4º, § 2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem (art. 2º, § 1º), sendo ainda admitido convencionar, com exceção da arbitragem que envolva a administração pública, que “será sempre de direito” (art. 2º, § 3º), que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, § 2º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior de possíveis nulidades, a ser provocado pela parte interessada (*ação anulatória* – arts. 32 e 33); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 ss.). Mas os árbitros, não sendo investidos do poder estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas constritivas (art. 22, § 4º).

De início houve forte resistência ao reconhecimento da natureza jurisdicional das atividades dos árbitros, mas hoje em dia essa natureza é reconhecida de modo quase unânime pela doutrina. A única diferença entre a jurisdição arbitral e a estatal consiste na circunstância de que o processo arbitral é conduzido por um cidadão privado ou por um colegiado de cidadãos privados investidos de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juizes e tribunais – mas muito acima disso para o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição (quer estatal, quer arbitral) bem

como a incidência da autoridade da coisa julgada sobre as decisões arbitrais de mérito. Diferentemente do conciliador e do mediador, que não passam de agentes facilitadores, os árbitros têm o poder de decidir e exercem efetivamente esse poder, decidindo a causa.

11. *controle jurisdicional indispensável* (a regra *nulla poena sine iudicio*)

Como já foi exposto (*supra*, n. 4), em certas matérias não se admitem exceções à proibição da autotutela nem é, em princípio, permitida a autocomposição para a imposição das sanções legais. É o que sucedia de modo absoluto em matéria criminal antes do surgimento das referidas exceções, e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão ou perda do poder familiar *etc.*). Em casos assim o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo *etc.*). A lei não admite a autotutela, a autocomposição, o juízo arbitral e nem mesmo a satisfação voluntária de pretensões dessa ordem. Por isso é que, como acima se disse, a existência de todo o sistema processual decorre, em última análise, da ocorrência de casos em que uma pretensão deixe de ser satisfeita por quem poderia satisfazê-la e também casos em que a lei veda a satisfação da pretensão por ato de qualquer indivíduo.

No início da civilização dos povos inexistia a consciência da distinção entre ilícito civil e ilícito penal: o Estado, ainda embrionário e impotente perante o espírito exacerbadamente individualista da sociedade àquele tempo, não podia aperceber-se da existência de atos que, além e acima do dano causado a particulares, prejudicam a ele próprio, Estado, ou à sociedade que ele corporifica. Só na medida em que este foi adquirindo consciência de si mesmo e de sua missão perante os indivíduos é que foi também surgindo a ideia de infração penal, no sentido em que hoje a entendemos (ofensa a valores sociais relevantes, encarada pelo aspecto do dano causado à comunidade); e assim também a ideia da pena e do Estado como titular do direito de punir. Ao cabo de uma longa evolução chegou-se à mais absoluta proibição da aplicação de qualquer pena sem prévia realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Esse princípio pode ser encarado por dois aspectos: a) a proibição de autotutela do Estado; b) a proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado ou submissão voluntária deste). A propósito, a Constituição Federal, que assegura aos acusados de crime a mais ampla defesa (art. 5º, inc. LV), assegura também que todo processo estatal

será feito em *contraditório*, ou seja, que ambas as partes terão necessariamente conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte adversária, com a oportunidade de discuti-las e contrariá-las.

Infelizmente a História registra casos de sistemática eliminação de pessoas sem a celebração de processo algum, mediante instigação ou tolerância das autoridades, como os *paseos* durante a guerra civil espanhola. A História Universal recente mostra ainda os massacres ocorridos na China de Mao Tse Tung e na Romênia do ditador Ceausescu, mediante o simulacro de processos, que na realidade foram meros pretextos para a vingança; fatos parecidos se deram, em tempo ainda mais recente, na Venezuela dos ditadores Chaves e Maduro, os quais mantinham e mantêm o controle absoluto do Poder Judiciário, dos quais seus opositores não podiam esperar outro julgamento senão a condenação. Outro exemplo dessa impiedosa prática de executar sem a prévia realização de um processo regular é o famoso *pardón* no qual foram sumariamente executados milhares e milhares de opositores do regime totalitário do ditador Fidel Castro, em Cuba.

Alguns ordenamentos jurídicos admitem a voluntária *submissão* dos acusados a uma pena pecuniária ou mesmo privativa da liberdade, inferior à prescrita para o delito em tese, como no caso do *patteggiamento* italiano; caso de submissão é também o *plea of guilty* do direito inglês. Há também, no direito americano, a *bargaining*, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. No Brasil o ordenamento vigente também contempla a transação em matéria penal, com base em expressa autorização constitucional (Const., art. 98, inc. I), podendo o autor de uma conduta supostamente delituosa submeter-se voluntariamente a uma pena não privativa da liberdade, antes mesmo da instauração do processo, por proposta do Ministério Público (para as situações em que é admissível, v. *supra*, n. 4). Nesse quadro, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais introduziu no sistema um novo modelo consensual para a Justiça criminal, por intermédio de quatro *medidas despenalizadoras* (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão): a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, par.); b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, a lei autoriza a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), mediante transação penal (art. 76); c) as lesões corporais culposas e leves passam a depender de representação (art. 88); d) os crimes

cujas penas mínimas não sejam superiores a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).

Posteriormente a lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 ampliou a possibilidade de submissão voluntária a penas restritivas de direitos, com os acordos de não-persecução penal (CPP, art. 28-A). Desde que o autor da infração confesse o crime e se comprometa a reparar o dano, deverá cumprir uma pena de prestação de serviços à comunidade e pagar prestação pecuniária, além de outras “condições” indicadas pelo Ministério Público, com o que a investigação será arquivada, sem o oferecimento de denúncia.

12. acesso à justiça pelo processo estatal

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira, em *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe). Visto dessa maneira, o acesso à justiça não se identifica com a mera *admissão ao processo* ou possibilidade de ingresso em juízo. Em casos concretos esse acesso só se configura quando a atividade jurisdicional chega ao ponto de oferecer efetiva tutela jurisdicional àquele que tiver razão, mediante o julgamento do *meritum causae* no processo de conhecimento ou a efetiva satisfação do credor, na execução forçada. Para tanto é indispensável que o juiz saiba desvencilhar-se de certos óbices ilegítimos impeditivos da oferta de tais tutelas, como a exacerbação das exigências formais do processo ou de exigências exageradas no tocante aos pressupostos processuais ou às condições da ação. Fiel a esse desiderato a moderna processualística brasileira e o próprio direito positivo vêm dando realce à *primazia do julgamento do mérito*, para que tal julgamento seja negado somente quando sua prolação seja capaz de causar prejuízo a alguma das partes ou, em casos extremos, à própria ordem processual do país.

Está bem nessa linha a disposição constante do § 3º do art. 1.013 do Código de Processo Civil, indicativo de hipóteses nas quais o tribunal deve, quando isso não causar prejuízo a nenhuma das partes, pronunciar-se sobre o mérito da causa apesar de possíveis irregularidades processuais presentes na sentença sujeita à apelação. Dessas hipóteses, as mais expres-

sivas como portadoras da ideia da *primazia do julgamento do mérito* são a da extinção do processo sem esse julgamento pela sentença apelada (inc. I) e a de anulação desta por falta de motivação (inc. IV). Têm também esse mesmo significado sistemático os arts. 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil, instituidores de um sistema de *conversibilidade* do recurso especial em extraordinário e vice-versa, para que o recurso interposto ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça não deixe de ser conhecido em virtude de um erro de escolha do recurso adequado, pelo recorrente. E é esse também o espírito do art. 1.029, § 3º do Código de Processo Civil, segundo os qual, no julgamento do recurso extraordinário ou do especial interposto tempestivamente “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Sempre em alinhamento a essa mesma ideia, a ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, nesse quadro, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele (d) a efetividade de uma *participação em diálogo* – tudo isso com vista a preparar uma solução que seja justa e capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, em sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça* (*infra*, nn. 23 ss.).

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (escopos sociais, políticos, jurídicos – *supra*, n. 2) e, de outro, superar os *óbices* que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final. Esses óbices situam-se em quatro *pontos sensíveis* (Barbosa Moreira), a saber:

a) a *admissão ao processo* (ingresso em juízo). É preciso eliminar os efeitos perversos das dificuldades econômicas, psicológicas ou culturais que impeçam ou desanimem as pessoas de litigar ou dificultem o

oferecimento de defesa adequada. A oferta constitucional de *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inc. LXXIV) há de ser cumprida, seja quanto ao juízo civil como ao criminal, de modo que ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos. A ordem jurídico-processual brasileira já conseguiu eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supraindividuais (difusos e coletivos); a regra individualista segundo a qual cada qual só pode litigar para a defesa de seus próprios direitos (CPC, art. 18) foi profundamente abalada pelo minissistema brasileiro de processo coletivo, formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que permitem ao Ministério Público, às associações qualificadas segundo a lei e a certos entes públicos pleitear judicialmente em prol de interesses coletivos *lato sensu* – assim como, v.g., pela oferta constitucional e legal do *mandado de segurança coletivo*, que autoriza partidos políticos e entidades associativas a defender os direitos transindividuais de toda uma categoria mediante uma só iniciativa em juízo (Const., art. 5º, inc. LXX e lei n. 12.016, de 7.8.2009).

b) o *modo de ser do processo*. No desenrolar de todo processo é preciso que a ordem legal de seus atos seja observada (*devido processo legal*), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (*contraditório*), que o contraditório seja adequadamente *efetivo* para a busca de elementos destinados à preparação dos julgamentos a serem proferidos. O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual;

c) a *justiça das decisões*. O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao conduzir o processo, inclusive a instrução probatória, (b) ao apreciar a prova, (c) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas adequadas ou (d) ao interpretar os textos de direito positivo ou certos atos processuais relevantes, como a petição inicial e as decisões proferidas no processo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte (*probatio diabolica*). Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador ou do juiz prolator dessas decisões possa ser em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça”, e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da

justiça e ausência de pertinentes princípios gerais do direito é que deve conformar-se;

d) *efetividade das decisões*. Todo processo deve dar a quem tem um direito *tudo aquilo e precisamente aquilo* que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro *slogan* dos modernos movimentos em prol da *efetividade do processo* e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

O uso adequado das *tutelas provisórias* (tutela da evidência, cautelares ou antecipatórias de tutela jurisdicional – *infra*, nn. 345 ss.) constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão. A prisão do devedor de alimentos (Const., art. 5º, inc. LXVII), assim como a aplicação de multas diárias e a adoção de outras medidas coercitivas para o caso de descumprimento de obrigações de fazer, de não-fazer ou de entregar coisa certa (CPC, arts. 536, § 1º e 538, § 3º), devem concorrer para que o processo cumpra com rapidez e integralmente as suas funções.

O art. 139, inc. IV do Código de Processo Civil dispõe incumbir ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Diante do que consta desse dispositivo, parte da doutrina vem cogitando da utilização de *medidas coercitivas atípicas* para induzir o executado a pagar na execução por quantia certa, quando as típicas restarem infrutíferas. Fala-se na imposição de multas periódicas, na apreensão de documentos pessoais, como o passaporte ou a carteira de motorista, na proibição de utilização de cartão de crédito *etc.* É no entanto necessário muito cuidado na imposição de medidas como essas, para que, em nome da efetividade da execução, não haja o sacrifício do conteúdo essencial de garantias constitucionais de primeira grandeza.

13. acesso à justiça pelos meios alternativos

Na hodierna leitura dos meios alternativos de solução de conflitos, sua utilização também se insere no *acesso à justiça* ou *acesso à ordem jurídica justa*. Pela arbitragem chega-se a uma *sentença* proferida pelo tribunal arbitral, a qual, tanto quanto a sentença judicial, deve representar a justa resposta às pretensões das partes.

Em relação à mediação e à conciliação, a Exposição de Motivos da res. n. 125, de 2 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de *acesso à justiça* por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Alarga-se com isso o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial – embora se saiba que os mediadores e conciliadores, que nada decidem, não exercem a jurisdição.

bibliografia

- Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, caps. II, III e IV.
- Barbosa Moreira, “A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”.
- Berizonce, *Efectivo acceso a la justicia*.
- Betti, “Processo civile: diritto romano”.
- Cappelletti, *El acceso a la justicia* (trad.).
- Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, nn. 9 ss. (sobre jurisdição), nn. 21-25 (sobre escopos do processo, insatisfações *etc.*) e nn. 34-36 (sobre a efetividade do processo).
- _____. *Execução civil*, n. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 49-56.
- Grinover, “A problemática dos interesses difusos”.
- _____. “Conciliação e juizado de pequenas causas”.
- _____. *Ensaio sobre a processualidade – fundamentos para uma nova teoria geral do processo*.
- Grinover, Magalhães, Scarance & Gomes, “Juizados especiais criminais”, in *Comentários à lei 9.099, de 26.9.1995*, pp. 14-20, 104-105, 116-119 e 123-127.
- Moreira Alves, *Direito romano*, I, n. 117.
- Watanabe, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”.