CAPÍTULO I

CONCEITO E ESCOPOS

109. A jurisdição no contexto das funções do Estado Moderno. É consideravelmente difícil determinar o papel desempenhado pelo Estado moderno, a começar pela circunstância de que não se afigura possível uma visão homogênea do fenômeno. Nesse particular, não há simplesmente como equiparar as realidades dos diferentes países, não apenas por relevantes diferenças culturais, mas também pelos diferentes estados de desenvolvimento econômico e social, os quais se refletem na intensidade e na forma da intervenção estatal.

Além disso, muito embora seja possível constatar que historicamente o Estado liberal cedeu lugar ao Estado «providência», não se pode simplesmente ignorar tendências que se seguiram, qualificáveis como «neoliberais», e que, mais uma vez, levaram a repensar o papel do Estado – especialmente no campo econômico, com inevitável repercussão na esfera jurídica. Trata-se de fenômeno pendular, que enseja discussão dinâmica e certamente inacabada.

No que diz com a atividade estatal jurisdicional – ainda que se reconheça ter sido ela tradicionalmente vista e aceita como um encargo do Estado – é preciso considerar as circunstâncias acima destacadas, que impedem uma visão universal do fenômeno; o que pode ser bem ilustrado pela circunstância de que na tradição europeia continental os litígios envolvendo a Fazenda Pública não estão submetidos ao Poder Judiciário (mas sim aos «tribunais administrativos», no âmbito do chamado *contencioso administrativo*). No Brasil, embora ainda prevaleça a perspectiva de um Estado «social», o papel desempenhado pelo Judiciário oscila, de um lado, entre uma maior intervenção – que, por exemplo, leva a doutrina a identificar fenômenos como os da «politização do Judiciário» e da «judicialização da política» – e, de outro lado, um estímulo a soluções não adjudicadas pelo Estado, ou seja, a cargo das partes. Daí o estímulo aos *meios*

alternativos – mais recentemente requalificados para *meios adequados* – de *solução de controvérsias* (infra n. 118).

Esse último aspecto é detectável não apenas na esfera civil e trabalhista – nas quais não raramente se dá ênfase para os meios alternativos de solução de controvérsias (como a conciliação, a mediação e a arbitragem, inclusive envolvendo o Poder Público) – mas também no âmbito penal e administrativo. Para além das normas que permitem a transação e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, arts. 60, parágrafo único, e 89), o sistema caminhou para a colaboração premiada (Lei 12.850/2013, arts. 3-A a 7º) e, no campo administrativo, para os programas de leniência (no caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mediante a Lei 12.529/2011, arts. 86 e 87) e acordos administrativos (no caso do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos termos da Lei 13.506/2017, arts. 30 a 32). Em grande medida, o que tradicionalmente se aceitava como um valor indisponível perdeu tal condição.

Nesse contexto, suposto se possa dizer que o objetivo maior do Estado é a busca do *bem comum*, o que se espera do Poder Judiciário é que ofereça meios para a eliminação das controvérsias ou dos conflitos mediante atuação do direito objetivo. Daí falar a doutrina em *pacificação com justiça* como o escopo-síntese da jurisdição no contexto do Estado moderno.

A ideia de pacificação passa pela de estabilidade das decisões. Esse aspecto é relevante porque do Judiciário – e do Estado de um modo geral – se espera legitimamente que tutele o valor *segurança*, em dupla perspectiva. A primeira se coloca em relação às decisões proferidas, que devem permanecer imutáveis, ainda que admitidas formas ordinárias e eventualmente excepcionais de impugnação previstas pela Constituição e pelas leis processuais. A segunda diz respeito às *mensagens* que o Judiciário transmite aos jurisdicionados: a relação entre órgãos judiciais e litígios não se esgota na edição de sentenças, mas abrange as expectativas que tais decisões provocam nas pessoas, de sorte a orientar seu comportamento. Para isso tem papel decisivo a motivação das decisões, tanto mais num sistema que, como o brasileiro, busca prestigiar os precedentes judiciais, de sorte a que os tribunais cumpram a tarefa de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926).

110. Jurisdição e legislação. É tradicional na doutrina a busca da distinção entre as diferentes atividades estatais. Isso é correto e metodologicamente útil porque permite examinar com maior profundidade os elementos integrantes do conceito de jurisdição. É preciso considerar a origem comum das diferentes funções do Estado: nelas está presente a ideia de *poder*, que somente se exerce de forma legítima por meio do processo, isto é, de um procedimento em

contraditório. Ainda que elas estejam organizadas de forma diversa e busquem resultados diferentes, o conceito de processo as aproxima.

Sem embargo disso, é preciso considerar que as tentativas de distinção não conseguem ser exatas porque a perspectiva moderna de separação de poderes é informada pela ideia de preponderância, e não propriamente pela de exclusividade.

Principie-se, então, pelo confronto entre atividades jurisdicional e legislativa, que é marcante a começar da circunstância, comumente destacada em doutrina, de que a primeira funciona como uma espécie de complemento da segunda. Nessa visão tradicional, ao Legislador cabe a edição de regras gerais e abstratas, que ordinariamente são observadas pelos respectivos destinatários (fisiologia do Direito). Mas a falta de observância de tais normas (situação patológica) dá ensejo a uma nova intervenção estatal, que então se opera *em concreto*, para que prevaleça a vontade antes editada em abstrato pelo Legislador. Daí, portanto, a clássica diferença entre legislação e jurisdição: embora ambas estejam direcionadas à obtenção da paz social, a primeira atua de forma *geral* e *abstrata*, a segunda de forma *concreta*.

Mas distinção dessa ordem comporta atenuações – ditadas inclusive pelo direito positivo – que, se não chegam a infirmar os conceitos, recomendam sua revisão crítica.

Com efeito, não se afigura exato confinar as decisões jurisdicionais ao campo da formulação de regras em concreto quando, por exemplo, se considera o complexo sistema de controle de constitucionalidade que vigora entre nós, no qual as decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle concentrado e principal, têm caráter vinculante (CF, art. 102, § 3.º). Nesses casos, o que possa haver de concreto é o julgamento de uma determinada regra no confronto com a Constituição. A norma, contudo, é considerada em sua generalidade e abstração. Nesse caso, a decisão é marcada pelas mesmas características da lei – ainda que o Judiciário reconhecidamente não possa funcionar como «Legislador positivo».

Nem mesmo a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – admitida pelo art. 27 da Lei 9.868/1999 – infirma a constatação acima. É certo que as «razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social» que possam, eventual e excepcionalmente, levar o tribunal a restringir os efeitos da declaração ou limitar sua eficácia «a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado» devem ser colhidas a partir de elementos «concretos». Também é certo que a modulação presumivelmente aproveitará a determinados sujeitos. Ainda assim, a modulação – assim como o prévio reconhecimento da inconstitucionalidade – será feita de forma geral e abstrata.

Também já não parece mais possível dizer que a jurisdição se limite à edição de normas em casos concretos quando é sabido que o sistema brasileiro, cada vez mais, prestigia a força dos precedentes judiciais; o que pode ser ilustrado pela vigência da súmula vinculante (CF, art. 103-A) e também em alguma medida pela técnica empregada para o julgamento de recursos repetitivos (CPC, art. 1.036 e ss.), incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 e ss.) e de assunção de competência (CPC, art. 947). Na medida em que a decisão proferida em um caso serve de base para a solução de outros, quando menos fica atenuada a ideia de jurisdição como a formulação de regra em concreto.

Também é preciso considerar o papel desempenhado pelo Judiciário nos processos coletivos (em sentido amplo) – tanto na esfera civil quanto na trabalhista – nos quais a decisão judicial, embora editada em um processo entre partes, tem eficácia *erga omnes* (CDC, art. 103, e CLT, arts. 643 e 868) e, portanto, vai além de uma atuação que se possa reputar exclusivamente em concreto. Lembre-se que, embora excepcional, o Judiciário pode eventualmente ser provocado e fixar *políticas públicas* (supra n. 52); que, por definição, têm caráter geral. Nesse particular, fala-se em litígios – e correspondentes processos – «estruturados», abrangentes de valores dotados de grande amplitude social e que envolvem uma gama complexa de interesses de diferentes sujeitos ou grupos; a reclamar soluções igualmente complexas.

Finalmente, atenua o caráter concreto da jurisdição a possibilidade de edição de normas gerais e abstratas nos regimentos internos dos tribunais; assim como a atribuição de competência normativa e consultiva ao Tribunal Superior Eleitoral (Lei 4.737/1965, art. 23, XII).

«O confronto entre jurisdição e legislação está relacionado ao debate, aqui já referido, que tem por objeto a relação entre direito material e direito processual e que se traduz no confronto das teorias *unitária* e *dualista* do direito processual. Em síntese (que corre o deliberado risco de simplificar demasiadamente a complexidade do tema), busca-se, respectivamente, determinar se o juiz cria a norma no caso concreto; ou se ele declara uma norma pré-existente (donde a concepção de que o sistema está assentado em dois planos). Afigura-se mais correta a segunda concepção: a declaração dos direitos em juízo é a exceção e não a regra. A lei pode conter lacunas, mas não o ordenamento, de tal sorte que o juiz, até sob o ponto de vista lógico, sempre se reporta a uma norma pré-existente.»

111. Jurisdição e Administração. Já a distinção entre atividade jurisdicional e administrativa se afigura ainda mais problemática, a começar da circunstância de que as duas envolvem a aplicação da lei. Elas também são ordinariamente marcadas pela atuação em concreto, embora seja sabido que à

Administração também cabe relevante papel de editar normas gerais e abstratas (por exemplo, na edição de decretos regulamentadores e mesmo de Medidas Provisórias). Isso a aproxima da Legislação e apenas reafirma a preponderância – e não exclusividade – na divisão de tarefas que incumbem ao Estado.

Costuma-se dizer que a diferença está no papel desempenhado pelo direito objetivo: para o juiz a atuação da norma reside no escopo (que é a atuação da vontade do direito objetivo), enquanto para a Administração a norma funcionaria como um limite – considerado aí o princípio da legalidade, do qual se extrai que ao Administrador só é dado fazer o que a lei autoriza.

Embora esse critério seja relevante, é preciso considerar que a atuação da lei não é o único escopo da jurisdição porque, em alguma medida, ele é instrumental ao escopo social de eliminação da controvérsia (do que decorre a pacificação). Fosse diferente, a jurisdição deveria atuar de ofício, isto é, independentemente de iniciativa do interessado; o que, ao menos por regra, não ocorre nem na seara civil nem na penal. Por outro lado, há casos em que a Administração exerce a função de julgar – como nos já mencionados programas de leniência e acordos administrativos, nos processos disciplinares ou mesmo nas impugnações e recursos dirigidos a ela própria contra seus atos (por exemplo, em matéria tributária). Nessas hipóteses, não há como negar que o escopo também seja o de atuação da vontade concreta do direito objetivo.

Também há quem busque na estabilidade das decisões judiciais – expressa no conceito de *coisa julgada* material – o contraponto das decisões administrativas, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (assim como o seriam os atos emanados do Legislativo).

Contudo, a imutabilidade das decisões judiciais, conquanto seja fator relevante para se atingir o escopo de pacificação, não é elemento hábil a conceituar jurisdição e, portanto, a apartá-la das demais funções estatais. De um lado, a estabilidade é atenuada ou até mesmo eliminada (embora excepcionalmente) pelo sistema (infra n. 123). De outro lado, a revisão das decisões administrativas pelo Judiciário, embora ganhe cada vez mais largueza, encontra limites (que consideram dados como *oportunidade* e *conveniência*); cuja falta de observância pode levar o juiz a indevidamente assumir o papel de administrador, com sérios problemas para um sistema assentado em freios e contrapesos (para não falar na desconsideração da legitimidade democrática decorrente da escolha do administrador pelo voto popular). Além disso, há quem admita o que se poderia denominar de «coisa julgada administrativa» em favor do administrado, em processos presididos pela própria Administração (portanto, não jurisdicionais). Em suma, a imutabilidade não é critério definitivo para que se proceda à distinção.

Então, no final das contas, o critério que se afigura menos impreciso na distinção entre função administrativa e função jurisdicional é o caráter substi-

tutivo dessa última: nela o Estado se substitui aos interessados para, de forma imparcial, atuar o direito objetivo. Mesmo quando tem o escopo de atuar o direito, a Administração não pode ser tida como terceiro, autêntico substituto e, principalmente, imparcial (embora seus agentes estejam sujeitos ao princípio da *impessoalidade*); tanto mais porque, no exercício dessa função, o Poder Executivo não ostenta a qualidade de terceiro. Essa é, aliás, uma das razões que justificam a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos.

Nem mesmo a ideia de que a Administração busca defender o interesse público altera esse panorama. Primeiro porque o administrador não é dotado das garantias proporcionadas aos juízes como forma de lhes assegurar a imparcialidade. Segundo porque mesmo o interesse público, de acordo com a doutrina, pode ser qualificado como *primário* e *secundário*: o primário se identifica com o interesse social enquanto o secundário diz respeito ao interesse da Fazenda Pública; que, paradoxal e eventualmente, pode se contrapor aos interesses individuais ou mesmo da coletividade. Daí lhe faltar a qualidade de terceiro e de substituto imparcial, que caracteriza o órgão jurisdicional (infra n. 112).

Essa distinção não tem apenas relevância teórica. Basta pensar, novamente, na possibilidade de o Judiciário estabelecer políticas públicas (supra n. 52).

112. Elementos conceituais de jurisdição. A partir do confronto entre jurisdição e as demais atividades estatais podem, então, ser extraídos os elementos conceituais daquela primeira: ela é (a) atividade pela qual um (b) terceiro se substitui aos sujeitos de uma dada controvérsia, (c) de forma imperativa, com o (d) escopo de eliminá-la (a controvérsia) mediante a atuação do direito objetivo.

Ela é uma *atividade* porque envolve um conjunto de atos que compõem o procedimento (elemento formal de processo, que é o instrumento pelo qual se exerce a jurisdição). Deve ser uma atividade realizada por terceiro (heterocomposição) porque, do contrário, a solução será fruto da atuação dos próprios interessados (autocomposição) e não terá ocorrido *substituição*. Esse terceiro deve ser imparcial (supra n. 57).

> «É certo que, em termos rigorosos, a substituição pode ser separada da imparcialidade. Ou seja: ainda que o juiz tenha, por qualquer razão, prejudicada sua imparcialidade, ainda assim terá havido atividade realizada por um terceiro, mediante substituição. Isso explica porque a decisão proferida por juiz impedido ou suspeito é inválida e não inexistente. Embora a separação desses elementos seja correta e útil, fato é que o substituto parcial é apenas formalmente um substituto.»

Além disso, é indispensável que a atividade (especialmente seu ato final) se imponha aos interessados – o que se traduz no exercício de verdadeiro *po-*

der porque, do contrário, estar-se-ia diante de mera consulta não vinculante; o que comprometeria a própria substituição. Mesmo quando o Judiciário, por exemplo, produz (por exceção) preceitos gerais e abstratos (supra n. 110) ou até responde consultas, ele o faz de forma imperativa. Finalmente, é preciso que essa atividade ocorra com a *função* de eliminar a controvérsia mediante a atuação do direito objetivo. Esses dois elementos são indissociáveis do conceito e, principalmente, entre si.

113. Elementos excluídos do conceito de jurisdição. Por exclusão, é possível desconsiderar elementos que, embora até tradicionalmente associados ao conceito de jurisdição, não merecem ser reputados como tal.

Ainda que ordinariamente exercida pelo Estado, ela não é uma atividade necessariamente estatal: todos os elementos acima indicados estão presentes na atividade desempenhada na arbitragem, que, portanto, deve ser incluída no conceito de jurisdição. E, dentro do Estado, ainda que a regra seja seu exercício pelo Poder Judiciário, a jurisdição não é seu monopólio (supra n. 48). Portanto, a presença do Estado não é indispensável ao exercício da jurisdição. Essencial é que a atividade (aí incluído o respectivo resultado) tenha caráter imperativo, isto é, que à capacidade de decidir se alie à de imposição.

Também fica excluída do conceito de jurisdição a formação da coisa julgada material. Conforme adiantado em tópico precedente, a imutabilidade da decisão final decorre, antes, de uma opção política. A coisa julgada é ditada por uma exigência prática, de inegável relevância na pacificação dos conflitos. Contudo, ela não deixa de ser uma construção do direito positivo. O caráter imperativo do comando estatal, a possibilidade de sanção e a coerção não decorrem da imutabilidade, sendo inconfundíveis os conceitos de *eficácia da sentença* e de *autoridade da coisa julgada*.

> «Embora excepcionais, há casos (não exatamente homogêneos) nos quais a lei relativiza a coisa julgada material: a) nas hipóteses de ação rescisória (CPC, art. 966); b) tratando-se de «relação jurídica continuativa», quando advém «modificação no estado de fato ou de direito» (CPC, art. 505, I); c) no âmbito da ação popular e da ação civil pública, quando houver novos elementos probatórios, a despeito de decisão anterior de improcedência passada em julgado, com a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* (Lei 4.717/1965, art. 18; Lei 7.347/1965, art. 16, e CDC, art. 103, I e II).»

Tampouco se pode entrever na jurisdição uma atividade destinada à busca da verdade; assertiva que pode soar chocante ou desestimulante para quem se inicia no estudo do direito processual. Mas nada há de errado na afirmação. Com efeito, o sistema busca produzir estado de certeza quanto às relações jurídicas, como forma de propiciar segurança. O escopo social do processo está

*Essa lógica explica porque, também no art. 1º, fala em sentido lato em exercício de poder

assentado na eliminação das controvérsias e a busca da verdade é elemento relevante para tanto. Para ilustrar, a doutrina justifica ampliação dos poderes de instrução do juiz (CPC, arts. 139 e 370) com o argumento de que ele busca a verdade para fazer justiça.

Mas daí a se dizer que a jurisdição – conceitualmente falando – busca a verdade (como seu escopo final) vai uma distância grande. Segundo lição clássica, enquanto a verdade está nas coisas, ao espírito não resta mais do que a *certeza*. Nem mesmo a tentativa de dar a essa última contornos de um *convencimento racional* (CPC, art. 371) altera a constatação: certeza continua a ser avaliação intelectual de motivos determinantes. Portanto, à certeza, desprovida de elementos subjetivos, só se pode mesmo chegar mediante decisão imperativa, que define os fatos passados e declara o direito no caso concreto; e ainda assim com ressalvas. No processo – exceção feita ao caráter objetivo que decorre da sentença soberanamente transitada em julgado – não há como atingir a verdade (que está nas coisas), mas apenas buscar-se a certeza; que, por seu turno traduz-se, em termos realistas, não mais que em *probabilidades*.

Nesse contexto, a verdade processual é sempre *relativa* e *formalizada*. Ainda quando eventualmente se enfatiza, em certas situações, a busca da «*verdade real*», não se deve pensar exatamente no resultado dos meios de investigação da realidade, como se ele pudesse ser superior àquele relacionado com uma verdade «*formal*». Aludida dicotomia – que tende a ser empregada de forma cada vez mais escassa no âmbito doutrinário – mais se refere à iniciativa oficial e à extensão da atividade de instrução; do que àquilo que literalmente dela aparente resultar.

> «A contraposição entre verdade *real* e *formal* surge frequentemente quando são confrontados processos que tratam de direitos indisponíveis e disponíveis. Não é à toa que dela se cogita quando são postos em comparação o processo penal e o civil. O que justificaria a busca da verdade real no processo penal seria a indisponibilidade do objeto, por se tratar da liberdade do indivíduo. Mas não deixa de ser paradoxal essa clássica assertiva, que conflita com outra igualmente tradicional: diz-se que o juiz, quando toma a iniciativa da prova, não sabe qual será o respectivo resultado (supra n. 63). Então, por esse raciocínio, no campo penal seria possível que a iniciativa probatória do juiz, a pretexto de tutela da liberdade, acabasse por prejudicá-la, nos casos em que, como resultado da atividade oficial, resultasse elemento incriminador antes não detectado pela prova produzida pelo órgão acusador. Os dogmas devem cair: primeiro, o juiz não sabe a quem favorece o resultado da prova, mas sabe a quem favorece sua falta (donde resultará a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova); segundo, o juiz penal não deve buscar verdade *real*, mas deixar a cargo do órgão acusador que se desincumba do respectivo ônus probatório.»

Mesmo quando se admite, eventualmente, que o poder de instrução do juiz seja mais intenso nas controvérsias que versam direitos indisponíveis ou quando uma das partes é mais frágil, isso não se justifica pela busca de uma verdade «material» – imaginada, então, como algo supostamente mais próximo da realidade das coisas. A verdade «processual» é uma só – e, portanto, ela é essencialmente «formal» e limitada, sejam disponíveis ou indisponíveis os interesses discutidos. Não fosse assim, forçoso seria admitir, em nome da busca da verdade «real», que o juiz julgasse com base na ciência privada dos fatos ou que admitisse a prova ilícita sem qualquer ressalva, incluindo-se aí aquela produzida sem a observância do contraditório.

Também não é correto associar os conceitos de jurisdição e de *lide*, se e quando entendida essa última como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Não obstante o conceito seja de grande utilidade didática para compreensão especialmente dos processos civis de natureza condenatória; e embora ele seja empregado até com certa frequência pela lei (no CPC são mais de trinta alusões), ele não é indissociável do exercício da jurisdição.

Há casos em que determinado efeito jurídico só pode ser produzido com interferência do Estado, via Poder Judiciário (por exemplo, nos chamados processos necessários). Ainda que, nesses casos, as partes não estejam em conflito, haverá atividade jurisdicional (infra n. 114). Aí, *lide* é conceito que pode ser proveitosamente substituído pelo de *controvérsia*; que, conquanto mais genérico (e, portanto, mais abrangente), pode inclusive ser visto de forma objetiva, como a oposição de uma dada situação fática ao ordenamento jurídico. Isso permite estender a ideia de jurisdição, por exemplo, ao controle concentrado de constitucionalidade.

114. A assim denominada *jurisdição voluntária*. Na doutrina, ainda pode ser tido como dominante o entendimento de que a jurisdição é, por definição, *contenciosa*. Assim, não se enquadraria naquele conceito o de *jurisdição voluntária*, que seria atividade estatal de natureza administrativa, voltada à tutela de direitos privados, em que a eficácia de ato a ser praticado pelas partes, por uma questão de política legislativa, fica condicionada à intervenção judicial. Em expressão célebre, estar-se-ia diante de *administração pública de interesses privados*, regulada pelos arts. 719 a 770 do CPC.

A exclusão acima referida considera que não haveria conflito ou que o eventual conflito existente não seria posto diretamente para ser decidido de forma adjudicada pelo Estado. Não haveria partes, mas apenas interessados; nem processo, mas mero procedimento; nem lide ou mérito.

Mas, com base nos elementos antes associados ao conceito de jurisdição, é correto afirmar que a jurisdição voluntária se enquadra naquele primeiro.

Dizer que na jurisdição voluntária não haveria partes, mas apenas «interessados» é desconsiderar que *parte* é todo aquele que se encontra em contraditório perante o juiz. E, ainda que os «interessados» estejam todos concordes acerca do quanto submeteram à «administração pública», há contraditório na medida em que eles devem ter informação e possibilidade de reação, contribuindo para a formação da convicção de quem julga (ou «administra»). São os «interessados» que fixam o objeto do processo e que atuam para que sua pretensão seja acolhida tal como posta; inclusive eventualmente em âmbito recursal.

Tampouco convence o argumento de que não haveria jurisdição porque inexistiria *lide*. Ainda que as partes estejam de acordo, há um estado de coisas a superar, que decorre do confronto entre o ato das partes (cuja eficácia elas pretendem seja liberada), de um lado, e o ordenamento jurídico (que nesse caso exige a intervenção estatal), de outro.

Nem se pode dizer que não exista *mérito* na dita jurisdição voluntária. O mérito é o objeto do processo e seria despropositado dizer que existe processo - procedimento que fosse – sem objeto. Ainda que a jurisdição voluntária pudesse ser entendida como simples «administração pública de interesses privados», há uma pretensão (supra n. 4) deduzida: busca-se intervenção estatal e consequente liberação de eficácia do ato praticado pelas partes.

Dizer, ainda, que não haveria processo, mas «mero» procedimento, é desconsiderar a existência do contraditório, a estabelecer uma autêntica relação jurídica processual, de que resultam ônus, faculdades, poderes, sujeições e deveres para os respectivos sujeitos. Ademais, processo é instrumento da jurisdição; portanto, até em termos lógicos, não se pode considerá-lo para delimitação conceitual daquela.

O fato de que, ao contrário do que se passa no âmbito da chamada jurisdição contenciosa (CPC, art. 140, parágrafo único), na dita jurisdição voluntária o juiz não está jungido a critério de legalidade estrita e pode «adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna» (CPC, art. 723, parágrafo único) também é irrelevante para determinar se há, ou não, jurisdição (infra n. 134). O que é essencial é que haja a intervenção de um terceiro em substituição às partes e que a superação da controvérsia ocorra mediante atuação do direito objetivo. Isso está presente na jurisdição voluntária justamente porque as partes, por si sós, não podem produzir os efeitos desejados. Se a atuação do direito objetivo se dá mediante a aplicação da lei, ou se a regra é feita no caso concreto, isso não afasta atuação substitutiva. Por isso é que não há sentido na distinção entre jurisdição de direito e de equidade (infra n. 134). Se à norma

para o caso concreto se chega pela aplicação da lei ou da equidade, isso não altera a natureza (jurisdicional) da atividade pela qual se chegou a tal conclusão.

> «A Lei 9.307/1996 admite que a arbitragem seja de direito ou de equidade, a critério das partes; nem por isso há de se entrever aí que se trate de jurisdição voluntária (arts. 2.º, §§ 1.º e 2.º, e 26, II).»

Aliás, nem se pode dizer que haja identidade exata entre a discricionariedade administrativa, de um lado, e os julgamentos jurisdicionais por equidade, de outro. Construir a regra para o caso concreto não é adotar solução ditada por conveniência ou oportunidade. Mais do que isso, o que é conveniente ou oportuno sob a ótica do agente da Administração deve ser considerado em função do escopo que é próprio desse Poder; que, embora até se assemelhe, não se confunde com o escopo que é próprio da jurisdição (supra n. 111).

Quanto à suposta ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária, além das ponderações já feitas (supra n. 113), é preciso considerar que nova apreciação da situação substancial, pelo Judiciário, só pode ocorrer, mediante alteração das circunstâncias de fato; o que, aliás, já era ressalvado pela regra do art. 1.111 do CPC/1973 (sem correspondência no CPC/2015) e significa que, nesse caso, submete-se ao Judiciário uma nova causa de pedir e um novo pedido. Com isso, afasta-se a identidade que normalmente está associada ao fenômeno da coisa julgada e o efeito negativo que lhe é atribuído, porque, na segunda oportunidade, não se julga novamente a mesma situação, mas situação diversa. Talvez convencido desses e de eventuais outros argumentos, o Legislador deixou de reproduzir a regra acima mencionada, do precedente diploma processual.

Nem se pode desligar o ato das partes do ato estatal necessário para que se produza a eficácia daquele. O que se projeta para o plano substancial do ordenamento não é apenas a eficácia do ato das próprias partes; do contrário, não seria preciso «administrar» publicamente o ato privado, que nesse âmbito permaneceria sem qualquer ingerência estatal. Aliás, é a impossibilidade de as partes produzirem o efeito jurídico sem a intervenção do Estado que permite distinguir essa situação, daquela outra na qual a solução advém dos interessados, mas na qual a eficácia do ato – embora possa até ser homologado em juízo (CPC, art. 487, III, *b*) – não depende da chancela estatal para produzir seus regulares efeitos. Lembre-se que atos como a transação, a renúncia e a submissão estão situados no plano material do ordenamento, ainda que possam eventualmente ser praticados em juízo. Quando a controvérsia é superada por atos das partes, não há propriamente decisão estatal, nem substituição (daí ser possível homologação de transação que verse sobre questão sequer posta em juízo, na forma do art. 515, III, do CPC, sem risco de ferir o princípio da inércia da jurisdição). Mas, se a eficácia do ato das partes depende da intervenção estatal, então com maior razão é correto se falar em típica atividade jurisdicional.

A circunstância de o CPC/2015 estabelecer que a extinção do processo, quando houver transação (CPC, art. 487, III, *b*), dá-se com resolução do mérito, conquanto relevante, não infirma as considerações precedentes. Trata-se de opção legislativa para que sobre a sentença homologatória se forme coisa julgada material, com a imutabilidade de efeitos que lhe é própria. A regra não muda a natureza do fenômeno. Aliás, isso também ocorre nas hipóteses em que o autor renuncia à pretensão formulada na demanda e nas quais o réu se submete à pretensão e, dessa forma, reconhece a procedência do pedido (CPC, art. 487, III, *c* e *a*, respectivamente).

«O CPC/1973 admitia a homologação de transação «ainda que inclua matéria não posta em juízo» (art. 475-N, III). O vigente art. 515, III, do CPC/2015 também admite a homologação «de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza», seguindo afinado com a disciplina da Lei 9.099/1995 (art. 57). No plano do direito material, lembre-se que o art. 842 do CC exige forma de escritura pública «ou por termo nos autos» para a transação dos «direitos contestados em juízo». Daí porque não é possível pleitear a homologação sem que o conteúdo essencial (ainda que eventualmente não integral) seja submetido à referida chancela. Isso não quer dizer que o autor esteja impedido de requerer a *desistência* do processo (sem a concordância do réu, desde que ela seja feita antes do oferecimento da contestação); o que é coisa diversa porque, nesse caso, a extinção se dá na forma do art. 485, VIII, do CPC.»

115. Jurisdição e execução. Embora a etimologia das palavras deva ser considerada na determinação de seu significado presente, isso não é – e nem poderia ser – algo absoluto e desvinculado do contexto em que empregado o termo. Portanto, jurisdição – com os elementos conceituais anteriormente indicados – não é atividade que se possa reputar restrita à atividade de «dizer o direito», isto é, à declaração; sem supostamente abranger os atos necessários para atuar de forma prática o que foi declarado. Assim, há efetiva jurisdição na execução (ou no cumprimento de sentença), que, portanto, não se limita a atividade meramente administrativa.

Na execução o que busca o Estado é atuar praticamente o direito já reconhecido (em título judicial ou extrajudicial), mediante atos materiais de invasão da esfera patrimonial do devedor para, independentemente de sua vontade, satisfazer-se o credor. Trata-se da atuação da sanção secundária, diante da recalcitrância do devedor (ideia contraposta, portanto, à prestação voluntária do devedor, que retrata a atuação primária do direito objetivo). Assim, com nitidez aparecem os elementos conceituais de jurisdição.

«A sanção primária está situada no plano material do ordenamento, como ocorre, para ilustrar, na hipótese clássica do art. 186 do CC. Imposto

> o dever de indenizar, se o devedor, apesar disso, permanecer recalcitrante, é preciso desencadear medidas de invasão de sua esfera patrimonial, contra sua vontade, para satisfação do credor (mediante atos de expropriação ou de outros que variam conforme a natureza da prestação devida). Nesse segundo momento é que se fala de atuar a sanção secundária.»

A atividade é realizada por terceiro imparcial; que, nesse caso (ao menos por regra) é o Estado e está fora do alcance dos poderes exercidos pelos árbitros. Há – talvez até com mais ênfase que no processo declaratório – substituição, justamente porque é vedado ao credor promover diretamente os atos de invasão do patrimônio do devedor. A circunstância de a lei atribuir ao oficial de justiça, e eventualmente a outros agentes (avaliador e leiloeiro, por exemplo) a prática de atos que integram o processo de execução (ou fase de cumprimento) não infirma o caráter jurisdicional da atividade. Tais pessoas são auxiliares do juiz e suas tarefas ficam limitadas a atos materiais, que são praticados por autorização e mediante fiscalização do magistrado; o que, de volta ao início, envolve a atuação da vontade concreta do direito objetivo.

Não deve, é certo, ser ignorada a existência das chamadas *execuções extrajudiciais*. Contudo, o fato de se subtrair ao Poder Judiciário a parte operacional da execução não a transforma, só por isso, em atividade administrativa. A atuação do direito continua a exigir a presença do terceiro, substituto e imparcial, não apenas para controle do mérito da execução, mas para tutela das posições processuais asseguradas ao executado. Uma coisa é racionalizar a prática dos atos executivos e até contar com uma estrutura que não seja a do próprio Judiciário; outra coisa é dizer que a execução não é atividade jurisdicional.

> «Para ilustrar o que está no texto acima, são hipóteses de execuções extrajudiciais aquelas previstas no Decreto-lei 70/1966, que trata das dívidas oriundas de financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação (arts. 29 e ss.) e na Lei 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel (art. 26 e ss.). No âmbito doutrinário e mesmo de tramitação legislativa aventa-se a adoção de mecanismos de cobrança extrajudicial de dívida ativa das Fazendas Públicas.»

Também está clara a atuação do direito de forma imperativa porque justamente se trata do momento de impor decisões. Finalmente, estão presentes os escopos de eliminação da controvérsia e de atuação do direito objetivo que, se ocorre de forma diversa do que se passa na cognição, nem por isso deixa de existir; quando menos, para que a atuação dos meios executivos se dê na medida do estritamente necessário e dentro da legalidade.

No caso de cumprimento de sentença (título executivo judicial), a superação da autonomia do processo de execução (vigente até o advento da Lei 11.232/2005)

e a adoção de um modelo «sincrético», em que a execução surge apenas como uma fase (cumprimento) não altera o quadro acima delineado. Até pelo contrário, a unidade, por coerência, apenas reforça que toda a atividade – desde a fase de cognição até a efetiva satisfação do credor – tem natureza jurisdicional.

É certo que nem toda sentença exige a prática de atos de execução. Há casos em que a decisão já permite a produção do resultado desejado. É o que acontece nos casos das sentenças meramente declaratórias e constitutivas, nas quais eventualmente tem lugar o que se convencionou denominar execução «imprópria», que consiste na prática de atos de natureza administrativa (registral), tendentes a potencializar a publicidade da sentença e a garantir sua eficácia perante terceiros (supra n. 108 e infra n. 174).

116. Jurisdição e produção da prova. A atividade probatória – abrangente da verificação e demonstração de fatos, desenvolvida pelo juiz e pelas partes, observadas as posições que ostentam na relação jurídica processual – deve ser qualificada como jurisdicional; e não meramente administrativa.

Assim ocorre porque ela não dispensa a atuação do direito objetivo em situação concreta mediante a edição de atos decisórios. Ela envolve a resolução de questões de fato e de direito – referentes à sua admissibilidade e ao modo de sua realização. Quando deferida a prova, há, quando menos, a afirmação do direito à respectiva produção da prova; quando indeferida, isso representa, para além de uma antecipada valoração negativa da prova, uma forma de preservar a esfera jurídica do adversário, sendo que em ambos os casos há tutela de posições jurídicas (em alguns casos, tipicamente substanciais, como é o caso do sigilo e da intimidade); o que bem se encaixa no conceito de tutela jurisdicional (supra n. 38). Tudo isso demonstra que na produção da prova o juiz não apenas age «em conformidade com a lei», mas verdadeiramente age «atuando a lei», considerando-a em si mesma, e não apenas como norma de sua própria conduta.

Especialmente quando produzida de forma antecipada, sem vinculação com a alegação de urgência (CPC, art. 381, II e III), a prova também contribui para o escopo social da jurisdição (supra n. 81), na medida em que fornece às partes elementos objetivos para avaliação de suas chances e riscos – o que contribui para solução da controvérsia pelos interessados, como superior forma de pacificação.

Isso não significa dizer que a prova não possa, ao menos em tese, ser produzida sem o concurso de terceiro – juiz ou árbitro – e, portanto, diretamente pelas partes. Isso pode ocorrer mediante a celebração de negócio jurídico processual, na forma do art. 190 do CPC, embora essa prática não integre a cultura jurídica brasileira.

117. Atividade administrativa do juiz. A circunstância de que a jurisdição está precipuamente a cargo do Poder Judiciário não exclui que os juízes exerçam – nos diferentes graus de jurisdição – atividade administrativa conexa ao desempenho da função jurisdicional. São exemplos disso os atos praticados com base no poder de polícia (p. ex., CPC, arts. 360 e 139, VII) e os atos de correição.

Ele pode ser entendido como a capacidade que tem o juiz de decidir e impor decisões que assegurem a ordem e o decoro e que, desse modo, permitam que o processo siga sua marcha regular, de forma a atingir seus objetivos jurisdicionais. Isso se dá mediante o afastamento de interferências físicas ou materiais que as partes ou terceiros possam pretender opor ao andamento do processo.

O *poder de polícia* não é exercido propriamente para reprimir ou sancionar a litigância de má-fé. Ele não se dirige a condutas que violam os deveres inscritos no art. 77 e que estão descritas no art. 80, ambos do CPC. Aliás, a diversidade de figuras previstas pelo art. 139, do CPC – que estabelece os poderes e deveres do juiz – sugere isso: numa delas se fala em «prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias» (inciso III); noutra se fala em «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» (inciso IV); e noutra, ainda, fala-se em «exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais» (inciso VII).

No exercício do poder de polícia o escopo não é o de atuação do direito objetivo: tratando-se de típica atividade administrativa, a lei funciona como limite para a atuação do juiz. O poder de polícia se dá mediante o emprego de meios para atuar de forma prática a autoridade do juiz, no exercício da presidência do processo. Daí a ideia de *força física* que nele potencialmente se contém, embora seja oportuno lembrar que o emprego de força policial vai além do contexto aqui examinado: tal emprego aparece também quando se trata de cumprimento de decisões judiciais, agora no âmbito tipicamente jurisdicional (p. ex., CPC, arts. 403, parágrafo único, 536, *caput*, e § 1.º e 782, *caput*, e § 2.º).

Na arbitragem, o árbitro também tem o poder de ordenar às partes ou a terceiros que mantenham a ordem e o decoro; que se abstenham de condutas inconvenientes e que até mesmo se retirem do recinto. Mas, falta ao árbitro a possibilidade de empregar a força física – para o que precisa da intervenção do Judiciário e esse da força das corporações estatais habilitadas e equipadas para tanto.

Também tem natureza administrativa o processo disciplinar de que sejam

* O exclusivo tem poder de polícia, mas isso só consta no CPC...

alvos os próprios magistrados; quer aqueles instaurados perante os tribunais aos quais estejam subordinados, quer eventualmente por órgão «externo» (supra n. 60), como no caso do Conselho Nacional de Justiça.

Tratando-se de atos e de decisões administrativas, ainda que vinculados organicamente ao Poder Judiciário, eles estão sujeitos a controle jurisdicional, quer quanto a sua legalidade, quer em relação a eventuais aspectos do mérito da decisão (por exemplo, observância da proporcionalidade na dosimetria da pena).

Além disso, também pode ser considerada como espécie de atividade administrativa a consistente na *gestão de processos*, que tem por objeto a massa de processos perante um dado órgão, singular ou colegiado, e que emprega métodos de trabalho aptos a racionalizar o andamento e o julgamento de causas (supra n. 36); coisa diversa do gerenciamento interno de cada processo.

118. Meios alternativos ou adequados de solução de controvérsias.

Já foi dito que a solução dos conflitos pode resultar do comportamento de um dos interessados, mediante *autotutela*; de ambos, nos casos de *autocomposição*; ou de terceiro, mediante o exercício da *jurisdição* estatal ou arbitral (supra n. 6). Embora a solução jurisdicional seja constitucionalmente assegurada (CF, art. 5.º, XXXV e LIV, dentre outros), ela é cada vez mais encarada – pelo próprio Estado – como forma subsidiária, no confronto com as demais formas de superação de controvérsias. Isso quer dizer que o Estado – pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário e eventualmente por outros que lhe são estranhos – estimula cada vez mais que a decisão adjudicada seja precedida de efetiva tentativa de solução por alguma das formas de autocomposição, respeitados limites da disponibilidade do direito material discutido (supra n. 8).

Em parte, esse estímulo resulta da incapacidade de o Estado dar adequada e pronta resposta à demanda por justiça; o que é uma distorção, diante do óbice que se impõem às pessoas de fazerem justiça pelas próprias mãos, raras vezes excepcionado. Mas o estímulo também decorre da constatação de que a solução consensual é sempre superior à adjudicada, quer pela desoneração do Estado, quer pela maior aptidão a pacificar (desde que isso ocorra em ambiente de igualdade, de informação e de liberdade). Além disso, a maior ou menor capacidade de as pessoas resolverem suas controvérsias sem a intervenção estatal (tanto mais aquela que se dá por imposição de decisão) sugere o grau de amadurecimento – ou de sua falta – de um dado grupo social.

Ademais, a solução das controvérsias há de considerar que os conflitos não são homogêneos e que variam de forma expressiva conforme a matéria e os sujeitos envolvidos; o que leva à constatação de que, conforme essa diversidade, diferentes meios de solução podem se apresentar como mais idôneos, ainda que

de seu emprego se considere de forma eventualmente escalonada. Daí, então, porque mais moderna e corretamente se fala não em meios «alternativos», mas em meios «adequados» à solução de controvérsias.

De todo modo, convém que o exame desses meios alternativos ou adequados seja feito no contexto da jurisdição: primeiro, para que aqui seja feita a necessária separação dos conceitos; segundo, para que essas formas sejam vistas com a seriedade e importância que merecem ter, devendo ser estudadas sob a ótica das relações que têm – ou que possam ter – com a tradicional forma de solução heterocompositiva estatal.

119. Arbitragem. Um desses mecanismos é a *arbitragem*; que só pode ser entendido como «alternativo» se considerada a circunstância de que não provém do Estado, mas de juízes privados, que são os árbitros. Na arbitragem, o que há de consensual não é exatamente a solução da controvérsia, mas apenas a forma de resolvê-la. As partes firmam um contrato, que é o compromisso arbitral (precedido ou não de cláusula compromissória), e dessa forma se vinculam à solução que venha a ser ditada pelos árbitros, como se estatal fosse.

Daí se falar no passado que a arbitragem seria um «equivalente jurisdicional». Conquanto ainda eventualmente empregada, a locução pode ser tida como superada diante do reconhecimento de que a arbitragem é espécie do gênero *jurisdição* – que pode ser estatal ou não estatal. Portanto, arbitragem só poderia ser considerada como meio «alternativo» apenas porque provém de terceiro que não é o Estado; mas não em razão da circunstância de que a solução da controvérsia provenha das partes. Isso é enfatizado porque, não raramente, há confusão entre arbitragem e mediação. Essa última pode preceder o processo arbitral porque nele, da mesma forma que ocorre na jurisdição estatal, as partes devem ser estimuladas a obter solução por autocomposição – no âmbito contratual, fala-se em «cláusulas escalonadas», que condicionam a arbitragem à prévia tentativa de mediação. Mas uma coisa é a solução adjudicada (arbitragem), e outra é a intervenção do terceiro para de alguma forma auxiliar as partes na busca da solução de autocomposição (mediação).

Para que tenha lugar a arbitragem, a lei exige que as partes sejam capazes e que os interesses em discussão sejam disponíveis (Lei 9.307/1996, art. 1.º). Isso não significa que pessoas integrantes da Administração pública fiquem dela cabalmente excluídas. Ainda que tais interesses, em regra, sejam indisponíveis, admite-se a «*arbitrabilidade*» de questões relacionadas a contratos administrativos, na premissa de que a realização de determinados fins públicos depende da atuação da Administração em ambiente privado.

A decisão arbitral não está sujeita a prévia homologação estatal, embora pos-

sa haver controle pelo Poder Judiciário em hipóteses limitadas (Lei 9.307/1996, art. 33), que, contudo, não deve entrar no mérito do quanto se decidiu. Essa forma de controle estatal é, também em regra, posterior. Apenas em hipóteses excepcionais é que se admite seja ele preventivo.

120. Conciliação e mediação. A *autocomposição* pode consistir em *transação, renúncia* ou *submissão*. Todos eles, embora com características diferentes, são atos consumados pelas partes e, portanto, não precisam necessariamente ser celebrados em ambiente jurisdicional, estatal ou arbitral. Mas, se pendente processo jurisdicional, a celebração de qualquer um daqueles negócios leva à extinção do processo pelo simples fato de que, diante da solução dada pelas próprias partes, não há mais sentido no desenvolvimento de atividade voltada à solução adjudicada (pelo Estado ou pelo árbitro). O que o órgão judicante faz, nesses casos, é homologar o negócio celebrado pelas partes, de tal sorte que, sob o ângulo do escopo jurídico e se considerado o caráter substitutivo como elemento conceitual de *jurisdição,* tal homologação sequer teria caráter tipicamente jurisdicional. Mas o CPC/2015 optou por repetir o modelo precedente e qualificou tais hipóteses como de extinção do processo *com* julgamento do mérito (art. 487, III), de sorte a que a decisão homologatória faça coisa julgada material. A autocomposição, portanto, é o *resultado* da *atividade* das partes.

A distinção entre uma coisa e outra é relevante porque *conciliação* e *mediação* são técnicas engendradas para a obtenção daquele resultado; técnicas que, aliás, não esgotam os métodos pensados para estimular e conduzir as partes à solução consensual, conforme prevê o art. 166, § 3.º do CPC. Assim, embora na disciplina do Código as duas atividades estejam teoricamente inseridas numa mesma audiência, as técnicas são distintas: enquanto o conciliador, «que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem»; o mediador, «que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos» (CPC, art. 165, §§ 2.º e 3.º).

Em relação à mediação, seu conteúdo é também mencionado pela legislação especial: é a «atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia» (Lei 13.140/2015, art. 1.º, parágrafo único). Portanto, na esteira do que já preconizara a doutrina, a lei positivou a diversidade dos conceitos: a *mediação* é atividade mais complexa,

que procura conhecer as razões determinantes da controvérsia – que nem sempre são aquelas explicitadas pelas partes, menos ainda formalmente no processo – e, dessa forma, funcionar como canal de comunicação entre os contendores, para que eles encontrem uma solução para o litígio.

Essa constatação é relevante porque, mais do que inserir as duas atividades dentro da mesma audiência, a lei procurou estabelecer uma disciplina uniforme para ambas, conforme resulta não apenas da regra do art. 334, do CPC, mas especialmente das disposições constantes do art. 165 e ss. do mesmo diploma. A opção não foi das mais felizes: o tratamento uniforme pode até ser possível para determinados efeitos, mas nem sempre as coisas se passam dessa forma, justamente pela razão de que as atividades são diversas. Assim ocorre, tanto mais, no direito positivo brasileiro, em que a mediação é regida por lei especial (Lei 13.140/2015) que, embora de um modo geral se harmonize com as disposições do Código, contém regras próprias, voltadas apenas a tal atividade.

Para ilustrar, basta pensar que, enquanto a conciliação pode até ser feita pelo juiz (aliás, o que sempre se admitiu, embora não seja o recomendável), a mediação é decididamente incompatível com a posição do magistrado. Isso tem repercussão relevante, dentre outros, por conta da regra de confidencialidade e respectivos desdobramentos (CPC, art. 166, *caput* e §§ 1.º e 2.º; Lei 13.140/2015, art. 30; supra n. 20).

Ademais, embora seja correto reconhecer que as atividades de conciliação e mediação se realizem mediante *processo* (que, portanto, deixa de ser instrumento apenas de atividades voltadas à edição de decisões adjudicadas); mas, de outra parte, de forma coerente com a concepção que se tem do poder ou direito de ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional (supra n. 37), não é possível reconhecer natureza jurisdicional a tais atividades. É que, embora se exija isenção do terceiro que intervém na busca da conciliação e da mediação (supra n. 70), não é possível divisar atuação em caráter substitutivo, justamente porque a solução da controvérsia, tal como se busca, depende essencialmente da conduta das partes; que, portanto, não têm sua vontade ou conduta substituída pelo terceiro. Ademais, ainda que tais atividades desenganadamente busquem o escopo social de eliminação da controvérsia, não há – direta ou indiretamente – o escopo de atuação do direito objetivo; que funciona como um limite para a atuação de conciliadores e mediadores.

Mesmo se considerada a disciplina do CPC, conforme regra do art. 334, a participação direta do magistrado não é exigível durante as sessões dedicadas à conciliação ou à mediação; não ao menos na integralidade do tempo. Tais encontros – conquanto em ambiente público e estatal – poderão eventualmente se desenrolar apenas com a presença das partes, dos advogados e dos mediadores ou conciliadores, mediante intervenção do magistrado apenas quando isso

se fizer adequado ou necessário. Essa dinâmica pode também ser extraída da legislação especial sobre mediação que, ao tratar especificamente da mediação judicial, consignou que «Se houver acordo, os autos serão *encaminhados ao juiz*», para a devida homologação e encerramento (Lei 13.140/2015, art. 28, parágrafo único). Portanto, o encaminhamento dos autos pressupõe que o juiz, de fato, não esteja diretamente ligado ao desenvolvimento das atividades – o que, no caso da mediação ainda fica mais evidente porque a função é própria de terceiro e a presença do juiz, quando muito, poderia servir a facilitar o desenvolvimento dos trabalhos.

Ademais, tendo em vista a regra de *confidencialidade* estabelecida pela lei, quer para a conciliação, quer para a mediação (CPC, art. 166, *caput* e §§ 1.º e 2.º), o ideal é que a participação direta e presencial do juiz, no decorrer das tratativas, não ocorra. A confidencialidade foi mais detalhadamente disciplinada pela Lei 13.140/2015, taxativa ao estabelecer, para o caso de mediação, que: «Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação» (Lei 13.140/2015, art. 30). De um lado, o distanciamento acima proposto dará maior liberdade para que as partes possam discutir as possíveis soluções para o litígio, no caso de *conciliação*; ou para que discutam com o mediador as causas e verdadeira dimensão do conflito, no caso de *mediação*. O receio da parte, de que elementos do diálogo podem ser tomados em seu desfavor mais adiante, se não obtida a autocomposição, tende a prejudicar o desenvolvimento especialmente da mediação.

De outro lado, a ausência do juiz evitará que ele possa ser indevidamente influenciado pelo teor das conversas e tratativas feitas exclusivamente na perspectiva de uma solução consensual, caso a autocomposição reste frustrada e o magistrado tenha que decidir. Esse contato, ainda que inconscientemente, pode prejudicar a imparcialidade do juiz, quer na condução da instrução, quer no julgamento. Assim, abre-se campo para que o juiz seja levado a decidir conforme percepções íntimas, mas insondáveis pelas partes. Nesse caso, a decisão se daria de forma desvinculada de elementos objetivos, numa situação de julgamento segundo a consciência, que a regra de persuasão motivada sabidamente repudia (CPC, art. 371).

121. Outras técnicas para estimular a autocomposição. Há outras técnicas para estimular as partes à autocomposição, que são encontradas na experiência estrangeira, com nenhum ou escasso emprego no Brasil. Justamente para estimular seu conhecimento, elas merecem breve menção.

Uma delas é a chamada «avaliação neutra de terceiro» (*early neutral evaluation*): submete-se a quem desfrute da confiança das partes o material disponível acerca de dada controvérsia (incluindo-se aí as provas disponíveis em dado momento), para que, de modo não vinculante, emita um parecer ou opinião. Não se trata de obter o juízo antecipado de quem, futura e eventualmente, decidirá a controvérsia, mas de ensaiar um julgamento, para que os interessados possam avaliar suas chances e riscos em futuro julgamento (aí sim, verdadeiramente vinculante). Embora não haja solução adjudicada, é fundamental a imparcialidade do terceiro, assim como seu comprometimento com a confidencialidade.

Outro mecanismo é o *minitrial* («minijulgamento» ou «minijuízo»). Trata-se de apresentação, pelas partes ou por advogados, acerca da controvérsia e dos elementos de prova disponíveis, não descartada a possibilidade de produção de prova nessa oportunidade. Essa apresentação tem por escopo a formação do convencimento das partes; e, para tanto, a ela se segue uma tentativa de negociação. Os trabalhos são coordenados por um terceiro e é possível que, à semelhança do que já foi visto, recorra-se à opinião neutra (que, a critério das partes, pode ser eventualmente vinculante).

Outra técnica é a do *special master*, mediante a qual um terceiro que exerce profissão liberal – eventualmente um professor ou um juiz aposentado, mas jamais um membro ativo de tribunal – é chamado a se pronunciar sobre a controvérsia, fazendo com que as partes tenham, assim, uma opinião externa sobre o conflito e, consequentemente, sobre as suas chances de êxito em eventual julgamento.

122. Escopos da jurisdição. Em sua concepção clássica, o conceito de jurisdição foi associado essencialmente a um escopo jurídico; que, em construção doutrinária célebre, consiste na atuação da vontade concreta da lei (ou do direito objetivo). Embora essa concepção seja correta e metodologicamente útil, ela se afigura insuficiente. Sobre isso, já em perspectiva doutrinária mais moderna, se podia entrever a busca de elemento que fosse além do meramente jurídico. Isso se expressou na fórmula da «justa composição da lide» que, sem embargo das críticas que mereceu (por considerar um fenômeno sociológico e não processual), contribuiu para a superação da visão estritamente jurídica do fenômeno.

De fato, a doutrina passou também a considerar a existência de um escopo social da jurisdição, que pode ser traduzido na ideia de pacificação pela eliminação das controvérsias – ideia válida tanto para o campo civil, quanto para o penal. Ainda que a busca desse escopo social possa ser associada historicamente a uma perspectiva autoritária (porque presente na doutrina alemã contemporânea ao Estado nacionalista da primeira metade do século XX), ela é válida se cor-

rigidos os seus termos: ao exercer a jurisdição, o Estado não atua a vontade do direito objetivo como um fim em si mesmo, mas o faz como forma de superar os conflitos e de restabelecer a paz social. Isso ajuda a explicar por que, dentre outros fatores, a jurisdição é inerte. Embora o Estado busque atuar em concreto o direito que editou de forma geral e abstrata, deseja fazê-lo como forma de superar os conflitos; e não para exacerbá-los.

Portanto, há complementação entre o escopo jurídico e o social: é mediante a atuação do direito em concreto que o Estado elimina as controvérsias. Isso, contudo, não afasta a constatação de que os dois escopos também se repelem na medida em que o jurídico exige tempo e o social clama por celeridade. Quanto mais o processo se estende, mais fica prejudicado o escopo de pacificação; quanto mais rápido ele é, maior o risco de se perpetrar injustiça. Daí por que se afigura impreciso dizer que tal ou qual opção do legislador é em prol da *efetividade* do processo sem que se considere a contraposição assim apontada. Esse é um dos dilemas fundamentais no exercício da jurisdição. A busca do equilíbrio entre esses dois vetores – rápida eliminação da controvérsia *versus* justiça – é que deve (ou deveria) pautar as soluções legislativas.

Em linhas gerais, as sucessivas reformas havidas no processo civil brasileiro na última década do século passado e primeira deste século buscaram privilegiar o escopo social. Sob a óptica de soluções adjudicadas, tal é o que se extrai, para ilustrar, da adoção de mecanismos de aceleração da tutela jurisdicional: antecipação da tutela como regra generalizada, fundada na urgência ou na evidência; possibilidade de julgamento parcial do mérito; estabilização da tutela antecipada em determinadas circunstâncias; emprego da técnica monitória; limitações à recorribilidade de decisões interlocutórias; e alteração do regime de cumprimento provisório, para ampliar seu cabimento e para aproximá-lo do cumprimento definitivo. Sob a óptica de soluções não adjudicadas, a ênfase dada aos institutos da mediação e da conciliação também são ilustrativos da assertiva, inclusive à luz do art. 334, do CPC, que prevê a possibilidade de realização de audiência antes mesmo de apresentada a contestação, excetuadas as situações previstas no § 4.º do respectivo dispositivo.

Mas muito pouco disso aproveitou aos processos em que é parte a Fazenda Pública, que representam a maior parcela da massa de trabalho submetida ao Poder Judiciário – com evidente frustração à expectativa de pacificação. Além disso, e paradoxalmente, ao cabo desse período de reformas vêm doutrina e jurisprudência, não de hoje, falar em formas de «relativizar» a coisa julgada, que vão além das alternativas usualmente empregadas e que também podem comprometer o escopo social da jurisdição.

Ainda, o escopo social é completado pela função educativa e orientadora da jurisdição: ao editar decisões, o Judiciário não apenas elimina a controvérsia que

lhe é submetida em concreto, mas envia mensagens aos jurisdicionados, as quais interferem com a consciência dos direitos e orientam comportamentos. Assim, na esteira de moderna doutrina, a contribuição dos tribunais para dirimir litígios não pode e não deve ser avaliada apenas a partir dos casos resolvidos por decisão judicial, em que a solução foi adjudicada. É importante que os tribunais forneçam um substrato que sirva de base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada. Dessa forma, a atuação jurisdicional leva ao fornecimento de uma base de discussão que os adversários podem aproveitar em suas relações; não apenas no tocante à determinação de regras de direito material, mas igualmente das que permitem fazer valer tais direitos.

Isso se aplica no campo da prova: especialmente quando produzida de forma antecipada, ela contribui para soluções de autocomposição tomadas com base na expectativa de chances e de riscos que as partes podem razoavelmente nutrir acerca da decisão estatal. Assim, a adoção de soluções autocompositivas não fica submetida à premissa de que as partes devem se conciliar porque o sistema não é capaz de cumprir a promessa de fazer justiça. A prova – especialmente na antecipação – oferece às pessoas elementos que estimulam a *aceitação* das soluções autocompositivas; aceitação que é elemento recorrente, em doutrina, na configuração da *legitimidade* da atuação estatal.

123. Escopos (jurídico e social) e segurança jurídica. É inegável que *segurança* está associada ao escopo social da jurisdição: enquanto a controvérsia aguardar uma decisão estável, subsiste a insegurança; para os sujeitos envolvidos e até mesmo para terceiros, quer sob a ótica do interesse jurídico, quer sob o prisma do interesse de fato (econômico ou social). A superação da controvérsia leva à pacificação social – entendendo-se como tal a imunização do conflito, sem propriamente se cogitar do valor de seu conteúdo sob a ótica subjetiva das partes. De um modo ou de outro, haverá uma decisão e ela será o parâmetro a ser seguido pelas partes e, como dito, eventual e indiretamente até por terceiras pessoas.

Por outro lado, é preciso considerar que a segurança não se limita à superação de determinada controvérsia, isto é, não se esgota na consecução do escopo social do processo. Sob o pretexto da obtenção de decisões rápidas – supostamente úteis para definir a relação de direito material entre as partes e aptas a se tornarem estáveis o quanto antes – corre-se o risco do fenômeno da «sumarização da justiça». Isso pode ocorrer, por exemplo, mediante o emprego inadequado de provimentos antecipatórios, que são baseados em juízos de mera probabilidade e não em exame mais aprofundado da controvérsia.

Então, quando, de um lado, associa-se a eliminação rápida da controvérsia à segurança, e, de outro, considera-se essa última sob perspectiva voltada

para o passado, segurança aí está empregada no sentido de busca do ideal de imutabilidade. Contudo, é preciso considerar a relação que existe entre segurança e a própria ideia de Direito, pela qual segurança é vista como um valor constitutivo do outro. Sob essa ótica, ressalta-se a função «asseguradora» do Direito. Decisões imutáveis fundadas em cognição não exaustiva da relação material controvertida não são compatíveis com a ideia de segurança. Mesmo os processualistas reconhecem essa assertiva quando condicionam a formação da coisa julgada material à profundidade da cognição – do que é uma boa ilustração a regra do § 2.º do art. 503 do CPC.

A associação entre escopo social da jurisdição (pacificação pela eliminação da controvérsia) e de segurança mostra que o primeiro, em condições mais extremadas, pode conspirar contra a segunda. Basta constatar que a tendência de «relativização da coisa julgada» nasceu de imperfeições em processos que levaram à edição de decisões (tidas como) gravemente injustas. Ainda que, nesses casos, a preocupação com a celeridade não tenha sido necessariamente a causa da injustiça, não deixa de ser paradoxal que o sistema prestigie a celeridade em nome da rápida pacificação e que, depois, tolere passar por cima da garantia da coisa julgada justamente em nome da justiça. Vale dizer: a busca descompensada por decisões rápidas, na medida em que faz crescer o risco de injustiça, acaba estimulando novas formas de impugnação que, por seu turno, desprestigiam o valor segurança diante da perspectiva da alteração do que já se decidira de forma supostamente imutável.

Além disso, convém reafirmar que o escopo jurídico também está a serviço da segurança porque a relação entre órgãos judiciais e litígios não se esgota na edição de sentenças. Processos judiciais podem ser evitados em razão de um dado comportamento dos tribunais que pode despertar expectativas nas pessoas, levando-as eventualmente a ingressar em juízo ou a disso se abster. É que, como já realçado, os tribunais não produzem apenas decisões, mas emitem mensagens que, por seu turno, interferem com a consciência dos direitos, orientando o comportamento das partes. Assim, o papel de orientar comportamentos passa a ter tanto ou mais relevo que o papel de editar sentenças para pôr fim a controvérsias. Portanto, o escopo jurídico, nessa perspectiva, atua em favor da estabilidade e, portanto, da segurança.

Em suma, segurança não está necessariamente associada à ideia de decisões rápidas. Pelo contrário, decisões céleres podem dar azo à insegurança, quer por seu conteúdo, quer pela repercussão que possam ter.

O sistema também busca preservar a segurança mediante a formação de jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926). Para isso, o CPC/2015 dispõe de instrumentos como os incidentes de assunção de compe-

tência (CPC, art. 947), de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 e ss.), além das técnicas empregadas nos julgamentos de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou recurso especial em regime de recursos repetitivos (CPC, art. 1.036 e ss.). Atento ao referido escopo, para ilustrar, vige a regra segundo a qual, se houver alteração de jurisprudência, poderá haver modulação dos efeitos da nova orientação, «no interesse social e no da segurança jurídica», com especial atenção à exigência de motivação para «proteção da confiança e da isonomia» (CPC, art. 927, §§ 3.º e 4.º) – o que também pode ocorrer nos casos em que se reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma, sob cuja égide, contudo, consolidaram-se relações jurídicas. De forma análoga, para preservar a segurança, o sistema admite o sobrestamento de processos que envolvam questão jurídica objeto de uma das apontadas técnicas uniformizadoras, tal como previsto, para ilustrar, no § 3.º do art. 982 do CPC.

124. Escopo político. Costuma-se apontar que a jurisdição tem também um escopo político, que pode ser sintetizado na ideia de afirmação do poder estatal.

Isso fica claro pelo ângulo positivo: a atuação jurisdicional, ainda que sujeita por regra à provocação do interessado, busca dar efetividade ao ordenamento que o Estado editou de forma geral e abstrata (direito objetivo material). E, pelo ângulo negativo, também fica evidente quando se constatam os malefícios que a falta de efetividade dos comandos judiciais (inaptidão de produzirem os efeitos programados) traz para o Estado, na medida em que desprestigia sua atuação. Isso incentiva o desenvolvimento de centros de poder paralelo e contribui para a descrença no papel desempenhado pela ordem jurídica.

Paradoxalmente, a Fazenda Pública – portanto, o próprio Estado – está dentre os que opõem maiores obstáculos ao cumprimento de decisões judiciais – o que é dito de forma objetiva, sem que isso configure má-fé na conduta de agentes públicos e de procuradores das pessoas de direito público. Para ilustrar, tomem-se as condenações transitadas em julgado e já objeto de ofícios requisitórios. A satisfação não raramente ocorre apenas após longo decurso de tempo; sem que o Judiciário possa dar efetividade a suas decisões, diante da premissa de que não há meios coercitivos aptos a superar a resistência: os bens públicos não são penhoráveis; e eventual intervenção na pessoa jurídica devedora não é admitida pela jurisprudência consolidada, diante do argumento de que a providência não sanaria o problema da falta de recursos para o adimplemento.

Nesse contexto, se o Estado está dentre os devedores que mais descumprem – ou que tardam a cumprir – decisões judiciais, é inevitável que a distorção contamine todo o sistema, contribuindo para o desprestígio das decisões judiciais, mesmo quando não se trate da Fazenda Pública. E mesmo se sabendo que o

ordenamento dispõe de mecanismos coercitivos eficazes oponíveis a devedores privados, soa incoerente que devedores – públicos e privados – sejam tratados de formas tão distintas quando se cuida, em qualquer um dos casos, de dar efetividade a um comando judicial.