

Quais são os interesses em antagonismo? O interesse do indiciado em sua liberdade e do Estado em seu encarceramento? O interesse da vítima em obter reparação civil e moral e o do indiciado em não lhe conceder? O do Estado em proteger a liberdade do cidadão e o do criminoso a querer purificar-se pela pena?

Todas as variantes foram exaustivamente estudadas e debatidas, a lembrar a deliciosa fábula do lavrador, o filho e o burro.

Os jovens autores deste livro pouco se detiveram – e fizeram muito bem – nessas indagações. O fato inegável é que há inúmeras matérias que são comuns ao processo civil e ao processo penal.

Sem falar nas noções fundamentais, a que os autores, em excelente introdução, deram especial atenção, e que muito bem se destinam a estudantes do segundo ano jurídico, cuidaram da natureza, fontes, eficácia no tempo e no espaço, interpretação da lei processual. Na segunda parte do livro, tratando da jurisdição, da competência, dos serviços auxiliares da justiça, do Ministério Público e do advogado, não se afastaram um instante de sua visão unitária do processo. O mesmo se pode dizer da parte final, dedicada ao processo, às formas processuais, aos atos processuais e às provas.

No capítulo referente às ações, os jovens mestres mantêm-se unitaristas. Sustentam que a lide se caracteriza, no processo penal, pela pretensão punitiva do Estado em contraposição à pretensão do indiciado à sua liberdade.

Em todas as matérias versadas o novo compêndio mantém-se em alto nível científico. Os mestres que o elaboraram, que tão cedo se demonstram dignos dos mais altos postos da carreira universitária, terão, estou certo, na consagração de seus alunos e no respeito de seus colegas o justo prêmio pelo bem empregado esforço em prol do ensino de sua disciplina.

São Paulo, 1974
Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal

1, 2, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 30

SUMÁRIO

prefácio da 1ª edição	5
a reforma constitucional do Poder Judiciário (apresentação da 21ª edição)	15

Primeira parte – Introdução

Capítulo 1 – SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

1. sociedade e direito	21
2. conflitos e insatisfações	22
3. da autotutela à jurisdição	22
4. a função estatal pacificadora (jurisdição)	26
5. meios alternativos de pacificação social	27
6. autotutela, autocomposição e arbitragem no direito moderno	31
7. controle jurisdicional indispensável (a regra <i>nulla poena sine iudicio</i>)	33
8. acesso à justiça	35

Capítulo 2 – O PROCESSO E O DIREITO PROCESSUAL

9. as funções do Estado moderno	39
10. legislação e jurisdição	40
11. direito material e direito processual	42
12. a instrumentalidade do processo	43
13. linhas evolutivas	44

Capítulo 3 – DENOMINAÇÃO, POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA E DIVISÃO DO DIREITO PROCESSUAL

14. denominação	48
15. posição enciclopédica do direito processual	49
16. divisão do direito processual	51

Capítulo 4 – PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

17. conceito	52
18. princípio da imparcialidade do juiz	53
19. princípio da igualdade	55
20. princípios do contraditório e da ampla defesa	57

CAPÍTULO 1

SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

1. sociedade e direito

No atual estágio dos conhecimentos científicos sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*. Mas ainda 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*; não haveria, pois, lugar para o direito, na ilha do solitário *Robinson Crusoe*, antes da chegada do índio *Sexta-Feira*.

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 os seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de 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 a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

2. conflitos e insatisfações

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. 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 a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso).

Nessas duas situações caracteriza-se a *insatisfação* de uma pessoa. E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de 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 ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado.

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar 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 (*autocomposição*) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (*autodefesa* ou *autotutela*). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral).

3. da autotutela à jurisdição

Hoje, se entre duas 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 se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer 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). Assim, 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 de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, 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 decisão por uma das partes à outra.

Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente 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, de certa maneira, 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.

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, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do ár-

bitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, 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, realiza a sua pretensão). A autocomposição e a arbitragem, ao contrário, limitam-se a fixar a existência ou inexistência do direito: o cumprimento da decisão, naqueles tempos iniciais, continuava dependendo da imposição de solução violenta e parcial (autotutela).

Mais tarde e à medida 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, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos 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 a 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 pretor (*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; o 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 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 numa *arbitragem obrigatória*, que substituiu a anterior *arbitragem facultativa*.

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa 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 que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. 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 autoritativamente a 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); 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*.

- As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).

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 freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*.

Para se ter uma idéia de como essas coisas se operam 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 de adversários; mas coexiste com a autotutela a *autocomposição* (através de tratados internacionais), sendo de certa freqüência a *arbitragem facultativa*. Ninguém é capaz de indicar, com precisão, quando começou a prática dessa arbitragem obrigatória, e muito menos se existirá um super-Estado que venha a impor a todas as nações o seu poder (criando, então, uma verdadeira *jurisdição* supra-estatal).

4. a função estatal pacificadora (jurisdição)

Pelo que já ficou dito, compreende-se que o Estado moderno exerce o 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*.

A *pacificação é o escopo magno da jurisdição* e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.

A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopos políticos); c) a *atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico).

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.

E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.

5. meios alternativos de 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 dela*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular ("*exercício arbitrário das próprias razões*", art. 345 CP), seja pelo próprio Estado ("*exercício arbitrário ou abuso de poder*", art. 350). A própria autocomposição, que nada tem de anti-social, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado. A arbitragem, que em alguns países é praticada mais intensamente e também no plano internacional, é praticamente desconhecida no Brasil, quando se trata de conflitos entre nacionais.

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacifica-

ção venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.

O processo é necessariamente formal (embora não devam ser formalistas aqueles que operam o processo), porque as 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. LIV) 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).

Pois tudo 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 (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o 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.

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 e pelo arbitramento.

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a *ruptura com o formalismo processual*. A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade* constitui característica marcante dessa

tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. 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 *delegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).

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 e arbitramento*.

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. 847 e 850). O Código de Processo Civil atribui ao juiz o dever de “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art. 125, inc. IV) e em seu procedimento ordinário incluiu-se uma *audiência preliminar* (ou audiência de conciliação), na qual o juiz, tratando-se de causas versando direitos disponíveis, tentará a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem provados. Tentará a conciliação, ainda, ao início da audiência de instrução e julgamento (arts. 447-448). A qualquer tempo poderá fazer comparecer as partes, inclusive para tentar conciliá-las (art. 342). A *Lei dos Juizados Especiais* (lei n. 9.099, de 26.9.95) é particularmente voltada à conciliação como meio de solução de conflitos, dando a ela 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 tiver sido obtida a conciliação dos litigantes nem a instituição do juízo arbitral (v. arts. 21-26).

Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra *nulla poena sine iudicio*, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira (v. *infra*, n. 7). Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de “*juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro*

grau" (art. 98, inc. I). E agora, nos termos da lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, atinente aos juizados especiais cíveis e criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal.

A conciliação pode ser *extraprocessual* ou (como nos casos vistos acima) *endoprocessual*. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútuas concessões), ou a *submissão* de um à pretensão do outro (no processo civil, reconhecimento do pedido: v. art. 269, inc. II), ou a desistência da pretensão (*renúncia*: CPC, art. 269, inc. V). Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar ainda à mera "*desistência da ação*", ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art. 267, inc. VIII).

A conciliação extraprocessual, tradicional no Brasil mediante a atuação dos antigos juizes de paz e pela obra dos promotores de justiça 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 recebeu 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.). Na Constituição de 1988 é prevista a restauração da antiga *Justiça de Paz*, com "atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional" (art. 98, inc. II).

Em matéria criminal não há possibilidade de conciliação fora do processo; mesmo para a transação anterior ao oferecimento da denúncia, facultada pelos arts. 72 ss. da lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, 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 objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

Nos últimos anos instalaram-se no Brasil muitos *centros de mediação*, que desenvolvem trabalho interdisciplinar com muito êxito. Está em andamento no Congresso Nacional um projeto de lei que visa a implantar a mediação no sistema do processo civil.

A *arbitragem*, conquanto prevista na lei material e tradicionalmente disciplinada na processual (v. CC-16, arts. 1.037-1.048; CPC, arts. 1.072-1.102), só mais recentemente, a partir da Lei dos Juizados Especiais (e, agora, com a Lei da Arbitragem, lei n. 9.307/96), oferece a esperança de vir a ser utilizada efetivamente como meio alternativo para a pacificação 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.

6. 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 astuto, para certos casos excepcionalíssimos a própria lei abre exceções à 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 auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; 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*, que não constitui ultraje ao monopólio estatal da jurisdição, é considerada legítimo meio alternativo de solução dos conflitos, estimulado pelo direito mediante as atividades consistentes na *conciliação* (v. n. ant.). 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 a sua perda a degrade a situações intoleráveis.

Trata-se dos chamados *direitos da personalidade* (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado etc.). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de *indisponibilidade objetiva*, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (*indisponibilidade subjetiva*); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público.

Sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição, em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão, desistência (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), e que irá validamente substituir aquela vontade da lei que ordinariamente derivava do encontro dos fatos concretos com a norma abstrata contida no direito objetivo.

A lei processual civil expressamente admite as três formas da autocomposição a ser obtida endoprocessualmente (CPC, art. 269, II, III e V), dando-lhes ainda a eficácia de pôr fim ao processo: compondo-se as partes, não cabe ao juiz mais que reconhecê-lo por sentença. O instituto da conciliação, estimulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Código de Processo Civil e pela Lei dos Juizados Especiais (já estudado no item precedente), visa de modo precípua a conduzir as partes à autocomposição endoprocessual. Quanto à *transação*, dispõe pormenorizadamente o Código Civil (arts. 840-850).

A Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.1995) também admite, para composição civil dos danos, as três formas de autocomposição (art. 74); mas, para a autocomposição penal, só se admite a transação (art. 76).

O *juízo arbitral*, que constitui objeto de recente lei específica (lei n. 9.307, de 23.9.96), é delineado no direito brasileiro da seguinte forma: a) *convenção de arbitragem* (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: lei cit., 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, sendo ainda admitido convencionar que esta "se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio" (art. 2º, §§ 2º e 3º);

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, a ser provocado pela parte interessada (art. 33, *caput* e §§); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 e ss.). Mas os árbitros, não sendo investidos do poder jurisdicional estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas coercitivas (art. 22, § 4º).

Na Lei dos Juizados Especiais o arbitramento recebe tratamento especial, com bastante simplificação e especial recomendação ao juiz para que só passe à fase de instrução e julgamento se não tiver obtido das partes nem a conciliação, nem o compromisso (art. 27). Este independe de termo (art. 24, § 1º) e o árbitro considera-se sempre autorizado a julgar por equidade, independentemente da autorização das partes (art. 25). Os árbitros nos juizados especiais serão escolhidos dentre os juizes leigos, instituídos na nova lei (art. 24, § 2º).

7. *controle jurisdicional indispensável* (a regra *nulla pœna sine iudicio*)

Em certas matérias não se admitem exceções à regra da proibição da autotutela, nem é, em princípio, permitida a autocomposição para a imposição da pena. É o que sucedia de modo absoluto em matéria criminal (ordem jurídica brasileira anterior à lei n. 9.099, de 26.9.1995) e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão e perda de pátrio poder 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 se disse acima que 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.

As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de *extrema indisponibilidade*, como as penais