

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

ALAN JUNQUEIRA GIL

**MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOLUÇÃO
PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

**São Paulo
2020**

ALAN JUNQUEIRA GIL

**MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOLUÇÃO
PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, na Área de Concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, na Linha de Pesquisa Justiça e o Paradigma da Eficiência.

Orientador: Professor Doutor André
Guilherme Lemos Jorge.

São Paulo

2020

ALAN JUNQUEIRA GIL

**MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A SOLUÇÃO
PARA A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação de mestrado apresentada à
Universidade Nove de Julho, Programa de
Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, na
área de Concentração Justiça, Empresa e
Sustentabilidade, como obtenção do título de
Mestre em Direito, pela Banca Examinadora,
formada por:

São Paulo, 07 de abril de 2020.

Professor Doutor André Guilherme Lemos Jorge
Orientador
Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Professor Doutor Sérgio Antônio Ferreira Victor
Examinador Interno
Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Professor Doutor Georges Abboud
Examinador Externo
Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

São Paulo

2020

Aos meus queridos pais, Moacyr Trídico Gil e Genoveva Sonia Cavalini Junqueira Gil, pela dedicação em minha educação e na construção de meu caráter. Amo vocês.

À minha adorada esposa Taciana Trevisoli Panagio Gil, amor da minha vida, pela parceria, carinho e amor, pelo incentivo nos momentos difíceis, pelas críticas sempre construtivas e por suportar minhas ausências ao longo da realização dessa dissertação.

Aos meus amados filhos, Henrique Panagio Gil e Sophia Panagio Gil, presença diária de amor e motivação.

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus, por Seus planos para minha vida serem sempre maiores do que os meus sonhos, bem como por me dar muito mais do que preciso, e por me abençoar muito mais do que mereço.

À Universidade Nove de Julho - UNINOVE, por nos permitir ter acesso a uma equipe de professores e gestores tão qualificados, nos exigindo apenas seriedade na desenvoltura das atividades acadêmicas.

Ao Reitor e à Pró-Reitora Acadêmica da UNINOVE, Sr. Eduardo Storópolli e Sra. Maria Cristina Storópoli, por todo o apoio financeiro, indispensável ao meu ingresso e conclusão do curso de mestrado.

Ao meu orientador e amigo, Professor Doutor André Guilherme Lemos Jorge, por suas preciosas orientações e seus conhecimentos compartilhados, pela paciência, acuidade e gentileza no desenvolvimento dessa dissertação e mais, pela confiança desde o início.

Da mesma forma, agradeço aos professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, dos quais destaco os Doutores Alexandre Luna da Cunha, Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Gabriel Benedito Issaac Chalita e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, pelos valiosos ensinamentos e conhecimentos divididos, que foram de suma importância para semear as ideias norteadoras dessa dissertação, bem como pelos bons momentos em sala de aula.

Agradeço, também, aos exímios componentes da Banca Examinadora, Doutores Sérgio Antônio Ferreira Victor e Georges Abboud, por terem aceitado o convite para participarem da banca de defesa, bem como por seus valiosos ensinamentos e contribuições para o desenvolvimento do tema da dissertação.

Igualmente, agradeço aos meus colegas de turma e classe, com os quais tive a oportunidade de conviver nesses últimos dois anos e que juntos, percorremos a estrada que nos trouxe até aqui. Pela motivação, apoio e amizade.

Por derradeiro, agradeço à Viviani e Camila, “meninas da secretaria do mestrado”, que nunca deixaram de me atender e ouvir minhas solicitações com afinco e de forma cortês e distinta, prestando um trabalho impecável.

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre
aquilo que todo mundo vê.”*

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

A dissertação em comento teve como principal objetivo a análise dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos diversos da tutela jurisdicional estatal (pré e pós judicialização das demandas) como solução para a morosidade e ineficiência do sistema judiciário brasileiro na solução das demandas. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo de abordagem científica para a presente pesquisa, cujo problema é a incapacidade do sistema judiciário brasileiro em atender a todas as lides postas em juízo, de modo a garantir o real acesso à Justiça. Outrossim, os métodos histórico, comparativo e observacional de procedimento também foram utilizados na pesquisa, vez que o foco está na investigação, comparação e observação de dados e acontecimentos do passado para verificar sua influência na sociedade brasileira e suas perspectivas futuras. Além disso, existiu o emprego das técnicas de pesquisa qualitativa, descritiva-exploratória, bibliográfica e documental para solução do referido problema. A hipótese que se confirmará nas considerações finais é a de que os mecanismos alternativos de resolução de conflito atendem aos objetivos de descongestionamento do Poder Judiciário, garantindo o acesso à Justiça. Conclui-se que a resolução dos litígios de forma célere e eficaz pode e deve ser realizada por métodos diversos da tutela jurisdicional estatal, todavia, faz-se necessário estabelecer uma cultura de pacificação social, na qual os cidadãos têm consciência de que o acesso à Justiça não depende da decisão do Estado-Juiz.

Palavras-chave: Mecanismos Alternativos. Resolução de Conflitos. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The present dissertation has as its main objective the analysis of alternative conflict resolution mechanisms of the state jurisdictional protection (pre and post judicialization of the demands) as a solution to the slowness and inefficiency of the Brazilian judicial system in the solution of the demands. Scientific research used the hypothetical-deductive method of approach, whose problem is the inability of the Brazilian judiciary system to meet all disputed cases in order to guarantee real access to justice. Moreover, the historical, comparative and observational methods of procedure were also used in the research, since the focus is on the investigation, comparison and observation of past data and events to verify their influence on Brazilian society and its future perspectives. In addition, there was the use of qualitative, descriptive-exploratory, bibliographic and documentary research techniques to solve this problem. The hypothesis that will be confirmed in the final considerations is that alternative conflict resolution mechanisms meet the decongesting objectives of the judiciary, ensuring access to justice. It is concluded that the speedy and effective resolution of disputes can and should be carried out by methods other than state jurisdictional protection, however, it is necessary to establish a culture of social pacification, in which citizens are aware that access Justice does not depend on the decision of the Judge State.

Keywords: Alternative Mechanisms. Conflict Resolution. Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA	22
1.1 JUSTIÇA E DEMOCRACIA	22
1.2 JURISDIÇÃO	41
1.3 GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA	49
1.4 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO) ..	57
2 INSTITUTOS QUE OBJETIVAM A CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO, A REDUÇÃO DAS DEMANDAS E A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL	63
2.1 REPERCUSSÃO GERAL.....	66
2.2 SÚMULA VINCULANTE	69
2.3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	78
2.4 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA	87
2.5 RECURSOS EXCEPCIONAIS REPETITIVOS	94
3 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	104
3.1 NEGOCIAÇÃO.....	106
3.2 MEDIAÇÃO.....	108
3.3 CONCILIAÇÃO.....	112
3.4 ARBITRAGEM.....	114
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS	14030

INTRODUÇÃO

O direito de ação, da forma contemplada pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, garante a todo cidadão o direito de requerer do Poder Judiciário uma solução para a controvérsia na qual esteja envolvido. Inegável, portanto, que o acolhimento do princípio da inafastabilidade do Judiciário na solução dos litígios trouxe avanços inestimáveis à cidadania, no entanto, também acarretou um imenso volume de demandas judiciais, o que gerou um congestionamento no sistema jurisdicional. Em 2016, o número de processos e recursos totalizou aproximadamente 98,2 milhões, de acordo com o relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça¹.

A obstrução em comento acaba por impedir o acesso à justiça, uma vez que a morosidade na tramitação dos processos obsta a solução das pretensões resistidas de forma célere e eficaz. Deste modo, verifica-se que esse acesso não é possível através do meio tradicional de solução de conflitos, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz.

Neste contexto, faz-se necessário o estudo da desjudicialização de conflitos, instrumento apto a solucionar as questões mencionadas, independente de atuação jurisdicional, tendo em vista que almeja a boa qualidade dos serviços, a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, a satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo a análise da efetivação da justiça por meio da desjudicialização dos conflitos, bem como pela implementação de mecanismos conciliatórios para solucionar questões já judicializadas. Igualmente, trata dos mecanismos de solução de litígios diversos da tutela jurisdicional e busca determinar se as formas de resolução de conflitos existentes atuam de forma eficaz no descongestionamento do Poder Judiciário, reduzindo o número de ações judiciais e evitando o acesso generalizado e, por vezes, injustificado à Justiça Estatal.

A adoção de mecanismos que priorizem a solução dos conflitos, controvérsias e problemas de forma extrajudicial é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso, motivo pelo qual a implementação de instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas,

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019** (ano-base de 2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>, Acesso em: 6 out. 2019, p. 79.

tais como a negociação, a mediação, a arbitragem, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas, almeja a satisfação, a pacificação, a não reincidência e ao empoderamento dos envolvidos. Deste modo, a desjudicialização dos conflitos tem grande pertinência e relevância para sociedade e para os operadores do direito, e deve ser incentivada pois contribui para o enxugamento da máquina do Judiciário. Outrossim, o acesso à justiça, em seu sentido amplo, é atingido de uma forma célere, justa, efetiva e implementável.

Além disso, face às disposições do atual Código de Processo Civil, é tendência crescente no sistema jurisdicional pátrio a adoção de mecanismos de conciliação para solucionar de forma mais eficaz e célere litígios já submetidos ao Poder Judiciário, inclusive em grau recursal.

Em suma, a crise que assola o Poder Judiciário nos dias de hoje tem demonstrado que a adoção de mecanismos de resolução alternativa de conflitos precisa ser estudada e implementada, a fim de instaurar na sociedade e nos operadores do direito uma nova cultura de redução da litigiosidade jurisdicional, demonstrando os benefícios da resolução consensual das pretensões resistidas.

A justificativa do trabalho encontra respaldo na necessidade de encontrar caminhos para garantir o acesso à Justiça como direito fundamental do cidadão, contribuindo, assim, para promover o desenvolvimento econômico, social e humano no Estado Democrático de Direito. Portanto, constata-se que a presente dissertação se justifica pela atualidade do tema, sua relevância na comunidade jurídica e seu grande valor social na busca da efetivação dos princípios e direitos fundamentais de acesso à justiça, com razoável duração do processo e devido processo legal.

Estruturalmente a dissertação está dividida em três capítulos, que se subdividem para melhor detalhamento de cada tema abordado. No primeiro capítulo, Constituição de 1988 e o acesso à justiça, serão abordados alguns aspectos históricos sobre os conceitos de justiça e democracia. Além disso, serão discutidos o conceito e os sistemas de jurisdição, bem como a análise da garantia do acesso à Justiça e a reforma do poder judiciário.

No segundo capítulo, serão tratados os conceitos, os principais aspectos e as diferenças entre os institutos processuais que objetivavam a celeridade na tramitação, a redução das demandas e a uniformização jurisprudencial, quais sejam, repercussão geral, súmula vinculante, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência e recursos repetitivos. Ao final do capítulo, será observada a possível assistemática dos novos institutos, ou seja, se a inserção destes institutos foi realizada de forma coerente e harmônica no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, discutir-se-ão os mecanismos existentes na etapa pré-judicial e na primeira instância, como também em grau recursal e de cumprimento de sentenças, dentre os quais destacam-se negociação, mediação, arbitragem e conciliação, no intuito de solucionar o problema do acesso à Justiça de forma eficiente e eficaz.

Deste modo, constata-se que o tema da presente dissertação está inserido na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade e guarda perfeita aderência à linha de pesquisa Justiça e o Paradigma da Eficiência do programa de Pós-Graduação *stricto sensu* de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, vez que a adoção dos mecanismos alternativos de resolução de conflito visa à efetivação prática e real do acesso à justiça como garantia e direito fundamental do cidadão, com a harmonização dos conflitos e solução das lides, ocasionando a paz social, além de contribuir para a promoção do desenvolvimento econômico, social e humano no Estado Democrático de Direito.

1 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

1.1 JUSTIÇA E DEMOCRACIA

Ideias antigas sobre a justiça revelam uma preocupação com a desforra e com a vingança desmesurada. Os compromissos com a liberdade e a igualdade não são encontrados nas fontes mais antigas. O registro de ideias a respeito da justiça data do final do terceiro e do início do segundo milênio antes de Cristo nos reinos da Assíria, Acádia e Suméria (antiga Mesopotâmia). O propósito fundamental da justiça é evitar que o forte oprima o fraco. A justiça social era concebida como uma proteção dos direitos de propriedade e a condição econômica a que os fracos tinham direito em virtude da posição que ocupavam na hierarquia existente.

A concepção hierárquica que perpassa a compilação de leis pode ser percebida nas cláusulas de punição do Código de Hamurábi², de igual modo, a concepção de justiça retributiva. O referido Código foi promulgado num Estado antigo com um aparelho de poder extremamente centralizado, todavia, a aceitação da legitimidade das hierarquias e uma forte ênfase na vingança também são percebidas, um milênio depois, na obra de Homero, *Ilíada*³, composta numa sociedade descentralizada organizada em tribos e clãs, bem como nas antigas leis e outros textos das escrituras hebraicas. A justiça é realizada por meio de retribuição ou quando a vingança é infligida sobre os transgressores⁴.

Todavia, as desigualdades toleradas nas antigas leis hebraicas são bem diferentes daquelas codificadas na Mesopotâmia, muito mais antiga. As leis hebraicas não reconhecem uma aristocracia com privilégios legais que diminuía as consequências, para seus membros, dos delitos que eram cometidos. As punições prescritas eram mais proporcionais aos delitos e há um despertar importante na direção da igualdade perante a lei, ao menos para adultos livres do sexo masculino.

A noção de reciprocidade desempenha um papel fundamental em todas essas antigas concepções de justiça. Essa noção aplica-se a uma série de trocas que vão do equivalente ao não equivalente. No princípio da reciprocidade equilibrada, todos os participantes recebem benefícios equivalentes àqueles que eles concedem, podendo ser benefícios ou danos. Já no

² MILES, John C. **The Babylonian Laws**, v. 2. Oxford: Clarendon Press, 1955, p. 77 e 97.

³ HOMERO. **Ilíada**. Tradução de Richmond Lattimore. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1951, p.55-65 e p.161-68.

⁴ ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia sagrada: Antigo Testamento**. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993, 15-18 e 27-29.

princípio da reciprocidade desequilibrada, todas as trocas não satisfazem essa condição de equivalência. O princípio da reciprocidade equilibrada é considerado um princípio de justiça apenas quando diz respeito a trocas entre pessoas vistas como iguais. O problema é saber o que é equilibrado se falta um critério comum de valor.

No que diz respeito à democracia, é oportuno destacar que ela apresenta duas dimensões, uma como instituição - dado da realidade social, e outra como valor político – princípio de avaliação de organizações e práticas políticas. Neste sentido, Gabriel Cohn⁵ afirma que:

As duas dimensões não se confundem. Uma coisa é saber se a organização e o funcionamento das instituições políticas satisfazem adequadamente às exigências da ordem democrática (direitos universais, igualdade no acesso a bens políticos e sociais, liberdades básicas). Neste caso o critério de avaliação é o da eficácia: dadas certas metas, elas são cumpridas? Outra coisa é saber se a ordem proposta é efetivamente democrática: se, e em que medida, os direitos são realmente iguais e universais, se são realmente direitos, e assim por diante. O critério de avaliação, nesse caso, vai aos próprios fundamentos.

O termo democracia tem origem no grego antigo *δημοκρατία* (*dēmokratía* ou governo do povo), que foi criado a partir de *δῆμος* (*demos*, povo) e *κράτος* (*kratos*, poder) no século V a.C. por Péricles⁶ para denotar o sistema político então existente em Atenas, Cidade-Estado grega. A democracia surgiu das lutas entre ricos proprietários de terras e famílias pobres que tinham perdido ou corriam o risco de perder suas terras e que, portanto, estavam sob a ameaça de serem elevadas a trabalho compulsório por dívidas acumuladas. A democracia surgiu de forma indireta e inconsciente, mediante uma série de iniciativas políticas que reconfiguraram a geografia social e as instituições de Atenas, dotando-as de uma identidade política e um sistema de autogoverno estruturado para dar expressão àquela identidade e defendê-la.

A democracia desta época não significava apenas um modo de organização das instituições políticas e de poder, como também todo um modo de vida e as inspiradoras qualidades que de alguma forma o permeavam.

Tucídides, Platão e Aristóteles não defendiam a democracia como sistema de governo, conforme se constata em seus respectivos livros: *História da Guerra do Peloponeso*⁷, *A República*⁸ e *A Constituição de Atenas*⁹.

⁵ DUNN, John. **A História da Democracia**. São Paulo: Editora Unifesp, 2016, p. 17.

⁶ Líder político responsável por levar Atenas a Guerra do Peloponeso.

⁷ TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

⁸ PLATÃO. **A República**. Tradução de Anna Lia Amaral de A. Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 322-369.

⁹ ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

Platão¹⁰ sintetiza, em sua obra *A República*, sua condenação da democracia ao comparar o regime democrático a uma nau desgovernada, na qual uma turba de marinheiros ignorantes, alijando arbitrariamente de seu posto aquele que deveria estar à frente da embarcação (o piloto), conduz o navio pelos mares sem qualquer tipo de perícia ou conhecimento. Em outras palavras, se a democracia não era uma receita confiável para a pior vida, como era a tirania, ela tão somente garantia uma vida ruim a qualquer comunidade que a adotasse.

Platão também expõe, na obra *A República*¹¹, por meio de porta-vozes, uma concepção de justiça baseada numa visão radicalmente hierárquica da ordem política. As concepções preliminares de justiça são apresentadas por Céfalo, Polemarco, Trasímaco e Glauco, enquanto a concepção final, por Sócrates.

Céfalo insinua que a justiça é uma questão de evitar a trapaça ou o engano. Polemarco sustenta que a justiça é útil para criar e sustentar parcerias. A justiça consiste em restituir a cada homem o que lhe é devido, ou seja, dar benefícios aos amigos e fazer mal aos inimigos. Assim, Polemarco baseia-se em uma noção rudimentar de equidade.

Trasímaco defende que a ideia de justiça é a busca do interesse próprio. A justiça é a imposição do mais forte. Em outras palavras, é apenas o nome que os seres humanos usam para obscurecer e ocultar os rígidos limites das relações de poder sobre as quais as sociedades são construídas.

Glauco relaciona justiça com a promulgação de leis e acordos contratuais. Mescla elementos de Trasímaco e Polemarco e define justiça como uma invenção humana destinada a conter as tendências naturais do ser humano, as quais, se não fossem controladas, teriam consequências radicalmente antissociais. O objeto da justiça é estritamente humano, forjado por meio de um acordo. Esta teoria tem três pontos principais, quais sejam: a reciprocidade equilibrada; a relação entre iguais; e que os seres humanos são motivados pelo desejo de favorecer seus interesses materiais.

Deste modo, esta concepção habitual demonstra que a justiça tem por objeto a regulação dos interesses cotidianos dos seres humanos e seu objetivo é propor um marco de referência para a busca de interesses terrenos.

Na teoria da justiça de Sócrates, os interesses que são relevantes para a justiça são nossos interesses fundamentais. A justiça tem como objetivo o aperfeiçoamento da norma

¹⁰ PLATO. *The Dialogues of Plato in five volumes (1892) volume III: The Republic*, VI, 488-489. Oxford University Press, 1892, p. 195-197.

¹¹ *Ibid.*, p. 331, 332, 338, 358 e 359.

interior de cada ser humano, na qual os impulsos e as emoções humanas são controlados pelo bom-senso e pela razão. Por essa teoria, a ideia de justiça é aplicada às relações entre pessoas desiguais por natureza, ou seja, as relações de justiça entre os seres humanos são relações de obediência e comando entre desiguais. Sócrates realiza uma diferença entre a justiça de um indivíduo e a justiça de uma cidade inteira.

A alma do indivíduo é dividida em três partes (teoria tripartite da alma de Platão): a racional – capacidade humana de adquirir conhecimento e sabedoria; a determinada – fonte da raiva e base da coragem; e o local dos desejos físicos indispensáveis (sede e fome) e supérfluos (deleites e prazeres). Importante observar que, Platão, além de ligar cada uma das partes da alma a uma classe diferente da cidade ideal, também relaciona as duas partes inferiores da alma a uma série de tipos inferiores de regime político.

A cidade ideal de Sócrates é composta por três classes de pessoas e quatro virtudes. Os dirigentes, também chamados de guardiões ou governantes filosóficos compõem a primeira classe, possuem a virtude da sabedoria, são os responsáveis pelo governo da cidade e a parte da alma de destaque é a racional. Os soldados (auxiliares) representam a segunda classe, possuem a virtude da coragem, tem a função de lutar pela cidade e a parte da alma em destaque é a determinada. Por fim, a classe mercantil ou geradora de dinheiro engloba os agricultores, artesãos, negociantes e serviçais, que atendem aos desejos dos membros da cidade e às suas necessidades, são detentores da moderação e a parte da alma que se destaca é o desejo.

A justiça é a última virtude e consiste em que cada classe faça seu próprio trabalho e não se meta no trabalho dos outros. Platão acreditava que as pessoas nascem com capacidades radical e imutavelmente diferentes. Assim, a justiça platônica é assegurada quando a função da pessoa na divisão do trabalho é garantida.

Em resumo, a teoria de Platão não aborda o conceito de retribuição, não demonstra qualquer interesse pela justiça social e utiliza a coerção para criar e manter a ordem justa e não punir ou retribuir como nas antigas ideias de justiça. O propósito de Platão é transcendente, a justiça é uma coisa só, sendo sempre a mesma em toda e qualquer de suas manifestações. O principal objetivo da justiça é aperfeiçoar a alma corretamente organizada e o objetivo secundário é construir e manter uma cidade organizada de modo a aperfeiçoar a alma corretamente organizada. A recriação de justiça por Platão acarretou duas inovações, a primeira refere-se ao abandono da noção de reciprocidade e introdução de uma ideia de hierarquia, de comando e obediência. A segunda inovação foi a difusão da ideia de que uma esfera social pode ser remodelada de acordo com ideias a respeito da justiça.

Aristóteles não considerava a democracia como uma boa forma de governo, vez que equivalia ao governo em interesse tão somente dos pobres e não de toda a comunidade. Democracia era um regime de interesses sectários escancarados, abertamente dedicado a servir a maioria à custa dos mais ricos, dos melhores e mais elevados, dos mais virtuosos e escrupulosos.

O princípio de justiça na teoria de Aristóteles aplica-se sobretudo a um conjunto de relações entre homens livres, relativamente iguais entre si e com capacidades diversas. O livro *Ética a Nicômaco*¹² aborda a teoria da Justiça de Aristóteles, segundo a qual divide a justiça em total/geral e parcial/específica. A primeira é um atributo da personalidade, extremamente ampla e está ligada à ideia de retidão (*rightness*). A ideia de justiça total definia a ideia de uma vida virtuosa para os membros de comunidade política como um todo.

Já a segunda está relacionada a quota de benefícios (honra, bens materiais e segurança) que os indivíduos devem receber e de ônus que devem suportar, portanto, a injustiça ocorre quando uma pessoa recebe uma cota injusta de benefícios ou ônus. A Justiça parcial é estreita e corresponde ao conceito de justiça (*justice*) ou equidade (*fairness*), ou seja, é possível um homem ter uma cota que seja justa ou injusta em comparação com a cota de seu vizinho, em que cota justa não precisa significar necessariamente cota igual. A Justiça parcial apresenta duas formas: justiça distributiva e justiça corretiva.

A Justiça distributiva é a versão do princípio de contribuição na qual o conceito de contribuição é interpretado de maneira abrangente, e não em termos econômicos restritos.

A Justiça corretiva parte da premissa que cada parte possuía uma quota justa antes da transação injusta. Portanto, o objetivo do juiz ou adjudicador é restaurar o equilíbrio existente entre as partes antes da injustiça. A justiça corretiva, com respeito a transações voluntárias, baseia-se no conceito de reciprocidade equilibrada. Por sua vez, a justiça corretiva com respeito a transações involuntárias (teoria da justiça retributiva) exige algo como olho por olho ou *lex talionis*.

Aristóteles subdivide o justo do ponto de vista político em duas categorias: justo por natureza e justo por convenção. O justo por natureza refere-se a questões que não são indiferentes aos indivíduos, mesmo na falta de um conjunto de regras aceitas. As ações que contribuem para a prosperidade humana são justas por natureza, no entanto, ações que prejudicam a preservação da felicidade da comunidade são injustas por natureza. Todavia, os tipos de ação que contribuem para a preservação e a felicidade da comunidade política variam

¹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. VALLANDRO, Tradução de Leonel Bornheim Gerd. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

de época para época e de situação para situação, o que é justo (e injusto) por natureza está sujeito a mudança. Importante esclarecer que a concepção de direito natural não pretende constituir um critério de justiça eterno, universal e imutável.

O justo por convenção refere-se a questões em que seriam indiferentes aos indivíduos na falta de um conjunto de regras que possa ser considerado matéria de acordo ou convenção. Justiça e injustiça são criadas por meio da adoção de uma convenção.

Em resumo, a concepção de justiça para Aristóteles se baseia no conceito de reciprocidade proporcional nos casos de justiça nas transações e de justiça distributiva e no conceito de reciprocidade equilibrada no caso de justiça corretiva, tanto para transações voluntárias como involuntárias. Outrossim, a teoria da justiça de Aristóteles se baseia em três pressupostos: o único espaço de justiça é a pólis; a diversidade das capacidades naturais dos seres humanos é tamanha que chega a ser categórica, por isso existiam diferentes papéis funcionais na sociedade, gerando uma posição desigual e diferente na ordem social; e a suposição de que a pólis era natural.

Insta destacar que democracia não é um modo de pensar romano, o referido termo não era usado para interpretar ou avaliar a organização política de Roma ou mesmo a de qualquer outra sociedade, segundo Fergus Millar¹³. A palavra não dá vazão ao entendimento romano da política, vez que a unidade da autoridade política era o Senado, em primeiro lugar, e o Povo de Roma (*Senatus Populusque Romanus* – SPQR).

No mundo Antigo, tão somente as relações com pessoas com as quais compartilhava-se uma identidade política ou cultural, estavam submetidas às normas baseadas na justiça. Em outras palavras, a ideia de justiça apenas era aplicável onde existiam vínculos estabelecidos e específicos entre os seres humanos. Tal cenário só se alteraria com Marco Tulio Cícero, em seu diálogo *De Legibus* (Das Leis)¹⁴, pois segundo ele, a justiça origina-se naquela lei superior, que nasceu muito antes que qualquer lei tivesse sido escrita ou, na verdade, antes que qualquer Estado se estabelecesse; ela tem origem na natureza e, especificamente, na natureza dos seres humanos. A justiça é natural e universal entre os seres humanos. O *Digesto* e a Igreja Cristã foram os responsáveis por transmitirem a ideia de justiça universal desde o Império Romano até os primórdios do mundo moderno. O *Digesto* porque codificou uma distinção global entre as leis específicas das nações e o direito natural, e a Igreja Cristã porque transmitiu a mensagem básica de que todos os seres humanos estão igualmente aptos a

¹³ MILLAR, Fergus. **The Roman Republic in Political Thought**. Hanover: University Press of New England, 2002.

¹⁴ CÍCERO, Marco Tulio. **Das Leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

receberem o Espírito Santo e a conquistarem o poder que advém àqueles que seguem as admoestações e o exemplo de Jesus.

No século XVII, o termo democracia começa a perder sua conotação negativa e ser utilizado para a afirmação de uma necessidade urgente de novos arranjos ou para defesa e justificativa de arranjos políticos existentes. O termo em comento começa a aparecer nas respostas conservadoras ao conjunto de rebeliões no Estado Inglês. Thomas Hobbes¹⁵ destaca, dentre as inúmeras causas para a Grande Rebelião, os cavalheiros democráticos da Câmara dos Comuns, estufados do conhecimento vulgar e sem importância das universidades e perdidos em meio às indiscrições republicanas do mundo antigo. Thomas Hobbes escreveu textos de fôlego contra a democracia e trabalhou arduamente para dar contornos preciosos e categóricos a seus principais deméritos. Hobbes era contrário à dispersão do poder político entre os membros adultos de uma comunidade política e favorável à superioridade da monarquia sobre qualquer outro tipo de regime.

Alguns dirão que o Estado popular há de ser preferido em relação ao monárquico; porque, no lugar em que todos os homens têm participação nos assuntos públicos, todos têm uma oportunidade de apresentar sua sabedoria, conhecimento e eloquência em assuntos de deliberação da maior dificuldade e importância; e dirão que, em razão daquele desejo de aprovação cultivado na natureza humana, essa é a mais deleitosa de todas as coisas para aqueles que são bem-sucedidos em tais faculdades e assim o parecem a si mesmos em relação aos demais. Mas, numa monarquia, esse mesmo modo de obter aprovação e honrarias é indeferido à maior parte dos súditos – e o que há que lamentar, caso assim não seja? Digo-vos: ver prevalecer a opinião daquele que detestamos; ter nossa sabedoria subestimada diante de nossos próprios olhos; estar sujeito às mais certas inimizades para conquistar uma pequena glória vã (pois isso não pode ser evitado, tenhamos conosco o melhor ou o pior); odiar e ser odiado, em razão da discordância de opiniões; abrir nossos conselhos secretos e recomendações a todos, sem nenhum objetivo ou benefício; negligenciar os assuntos de nossa própria família – essas coisas, digo, são tristezas. Mas estar ausente a uma prova de saberes, embora tais julgamentos sejam apazíveis ao eloquente, não é, portanto, uma tristeza para eles, a não ser que digamos que causa dor aos homens de coragem ausentar-se de uma luta, pois encontram prazer em lutar.¹⁶

Thomas Hobbes, em sua obra *Leviathan (Leviatã)*¹⁷, afirmou que nenhum Estado pode gozar de uma paz interna duradoura se não for governado por um poder supremo absoluto e arbitrário. O argumento para sustentar essa afirmação foi o de que todo ser humano tem um direito natural que lhe dá a liberdade de utilizar seu próprio poder, conforme lhe prouver, para preservar sua própria natureza, ou seja, sua própria vida, e, conseqüentemente, de fazer

¹⁵ HOBBS, Thomas. **Behemoth ou o Longo Parlamento**. Belo Horizonte: UFMG, 2001, p. 26-44.

¹⁶ Id., **De Cive: The English Version**. Org. Howard Warrender. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 136.

¹⁷ Id., **Leviathan**. Project Gutenberg Ebook. British Columbia: 2002.

qualquer coisa que, de acordo com seu próprio juízo e justificação, ele entenda representar a forma mais adequada para isso.

Baruch de Espinosa resumiu em duas obras – *Tractatus Theologico-Politicus* e *Tractatus Politicus*¹⁸, as implicações políticas da democracia como sistema de governo, defendendo uma democracia igualitária e participativa. Segundo Baruch de Espinosa¹⁹, a democracia é a fonte primeira de todos os regimes políticos e, assim, a mais natural das formas políticas. Além disso, sustenta que a Democracia é a terceira e absoluta forma de Estado, no qual a soberania é exercida por um Conselho composto da multidão de comuns²⁰. Outrossim, assevera que todos os filhos de cidadãos, todos os habitantes nativos e quaisquer outros que as leis escolham reconhecer têm o direito natural de votar no conselho supremo do Estado e ocupar cargos públicos.

Baruch de Espinosa, ao analisar a democracia, realizava uma comparação direta com as formas de Estado rivais (aristocracia e monarquia) que a tinham suplantado por todo o mundo civilizado, demonstrando a existência de um vínculo especial entre democracia e igualdade, vez que a igualdade era um limite externo às afirmações do Estado e a seus poderes. Assim, se a democracia expressa a igualdade humana melhor do que em outros regimes, então isso pode provar uma vantagem da democracia frente aos outros regimes.

No final do século XVIII, as crises políticas ocorridas nas 13 colônias britânicas e na França trouxeram de volta a democracia à vida política. A Guerra da Independência Norte-americana foi uma resposta a uma ameaça percebida às liberdades havia muito vividas, que evidenciam um passado democrático. Ao final da guerra, James Madison acrescentou dois elementos fundamentais à Constituição, quais sejam: uma declaração de direitos e um ato judiciário, criando o sistema judiciário federal e dotando-o dos poderes indispensáveis. Todavia, referido governo popular haveria de enfrentar um desafio fundamental, qual seja, assegurar os direitos privados e o bem público contra a ameaça da maioria facciosa, sem sacrificar, ao mesmo tempo, a forma e o espírito do governo popular. Deste modo, James Madison²¹ apresenta um modelo diferente que solucionaria os males da democracia: “uma República, pela qual entendo um Governo no qual o sistema de representação tem lugar”.

¹⁸ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins fontes, 2009.

¹⁹ Id., Baruch de. **Political Works**. Organização e tradução de A. G. Wernham. Oxford: Clarendon Press, 1958, p. 136 e 376.

²⁰ Ibd., p. 276-278 e 440.

²¹ MADISON, James; HAMINTON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: TYP. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp. 1840.

James Madison destacava dois pontos de diferença entre uma Democracia e uma República, primeiro a delegação do governo na República e segundo um maior número de cidadãos e um maior território, sobre o qual pode se estender. Assim, a extensão e a estrutura da União forneceriam “um remédio republicano para as doenças de que mais é acometido o Governo Republicano”²².

O princípio de representação formava o centro da república norte-americana. A distinção entre as cidades-estados gregas e o governo norte-americano, segundo James Madison²³, era a total exclusão do povo em sua autoridade coletiva para qualquer participação nele, não a exclusão completa dos representantes populares da administração da pólis.

A estrutura fundamental da autoridade não é o que diferencia um governo representativo de uma democracia, mas sim os mecanismos institucionais que dirigem seu curso e ajudam a mantê-lo ao longo do tempo. Na democracia a ameaça viria do executivo, mas no governo representativo surgiria do legislativo.

Alexis de Tocqueville reconhece em seu livro *A Democracia na América*²⁴ que a democracia é a chave da distinção da experiência política moderna e que qualquer um que tenha a esperança de compreender o caráter dessa experiência deve focar e tomar apenas o que essa democracia implica.

De igual modo, do outro lado do Atlântico Norte, a Revolução Francesa deixou uma nova perspectiva de como as sociedades podem ou devem se organizar politicamente e um senso transformado da escala de ameaça que sua própria vida política pode colocar a qualquer sociedade e a tudo que esteja a seu alcance.

René-Louis de Voyer de Paulmy²⁵, marquês d’Argenson, propunha um novo plano de administração à França, no qual o bem público era guiar uma monarquia bem organizada com a ajuda de uma democracia bem compreendida, que de forma alguma se sobrepusesse à autoridade real. O papel da autoridade real era dirigir e regular a autoridade democrática por um único espírito que trouxesse consigo todo o corpo do Estado apenas com o interesse geral. Por sua vez, o papel da democracia era de esclarecimento da soberania para identificar quais entre os interesses de seu povo eram verdadeiramente comuns. Assim, o povo era indispensável como fonte de informação no que toca ao verdadeiro alcance de seus interesses.

²² HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 65.

²³ *Ibid.*, p. 427 e 428.

²⁴ WOLIN, Sheldon. **Tocqueville between Two Worlds: The Making of a Political and Theoretical Life**. Princeton: Princeton University Press, 2001.

²⁵ PAULMY, René-Louis de Voyer de (marquês d’Argenson). **Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France**. 2. ed. Amsterdã: Marc Michel Rey, 1784, p. 12, 195 e 296.

Segundo D'Argenson²⁶, “Democracia é o governo popular, no qual todo o povo se divide igualmente, sem distinção nenhuma entre nobres e comuns”. Também distinguia a democracia verdadeira da falsa:

A Falsa Democracia recai rapidamente em anarquia. É o Governo da multidão, como quando um Povo se revolta. Então o Povo insolente escarnece de Leis e da razão. Seu Despotismo tirânico se mostra na violência de seus movimentos e pela incerteza de suas deliberações.

A Verdadeira Democracia age por meio de Delegados, e esses Delegados são autorizados por eleição do Povo. A missão desses escolhidos do Povo e a autoridade que lhe dá sustentação constituem o poder público. Seu dever é afirmar os interesses do maior número de cidadãos para protegê-los dos males e assegurar-lhes os maiores bens.

D'Argenson era um monarquista declarado, por isso entendia que a democracia era um valioso adjunto à monarquia, nunca um substituto potencial ou rival. O problema que causaria o fim da monarquia francesa era a falta de direção, pois a aristocracia e a Igreja não tinham a capacidade de prover tal direção de forma confiável, motivo pelo qual era necessária a reforma.

Personagem de destaque, Emmanuel Joseph Sieyès²⁷ teve como principal ideia a influência social onipresente e estruturante de uma divisão radical do trabalho, baseada no critério de sua eficiência. Uma ordem política poderia ser seguramente justa ou eficaz se visse e tratasse os seres humanos que a produziram como iguais portadores de direitos e se organizasse para proteger ou beneficiar a todos. Cada legislatura precisava ser renovada com o espírito democrático, a ideia de privilégio era letal para qualquer sociedade boa ou feliz. Em 1789, Emmanuel Joseph Sieyès escreve *O que é o Terceiro Estado?* e inicia respondendo que o Terceiro Estado é “Tudo”. Até então, na ordem política existente na França, ele fora “Nada” – não tinha nenhum peso político nem recebia reconhecimento formal. O Primeiro Estado era a Igreja, o Segundo Estado era a Nobreza e o Terceiro Estado era o Povo.

O referido autor sustentava que a democracia real é impossível com uma população tão grande, possível era uma falsa democracia na qual uma casta de nascimento, independentemente de qualquer mandato popular, reclama o poder que o corpo de cidadãos exerceria numa democracia real. Outrossim, a democracia não era uma ameaça para a França, vez que seria simplesmente impraticável. Num país tão grande, o povo jamais se uniria para dar forma a um agente político eficaz. O caso exigiria a representação por um grupo seletivo e

²⁶ PAULMY, René-Louis de Voyer de (marquês d'Argenson). **Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France**. 2ª ed. Amsterdã: Marc Michel Rey, 1784, p. 12 e 15.

²⁷ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **Consideração preliminares sobre o que é o Terceiro Estado**. 1789. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTADO%20Sieyes.pdf>>, acesso em: 18.02.2020.

específico, pequeno o bastante para cooperar com eficiência e preservar a capacidade de agir. No entanto, para agir com autoridade, referido grupo deveria ser escolhido. Na maioria dos lugares, além da própria França, a democracia serviu simplesmente para rotular facções políticas em disputa.

Thomas Paine²⁸, em *Direitos do Homem*, apresentou as consequências políticas da revolução, como um triunfo do sistema representativo, que conservava a democracia como fundamento. Outrossim, defende que o novo governo norte-americano era mais bem-visto como representação estabelecida na democracia, vez que essa criação unia todas as vantagens de uma simples democracia, mas também evitava a maioria de suas mais conhecidas desvantagens. A representação era um sistema eficaz de planejamento e organização de uma forma de governo palpável aos governados ao longo do tempo e seguramente comprometida a servir seus interesses.

A democracia surge como concepção organizada de uma visão integral de política com Maximilien de Robespierre. Na sua concepção política estava um entendimento fortemente igualitário e ativista dos direitos do homem, que o colocou de pronto em conflito até mesmo com o notavelmente amplo critério de voto sob o qual os representantes do Terceiro Estado tinham sido eleitos para os Estados-Gerais. Em discurso contra os limites do poder de voto, Maximilien de Robespierre²⁹ asseverou que:

Todos os cidadãos, não importando o que sejam, têm o direito de aspirar a cada grau de representação. Qualquer proposta menor estaria em desacordo com vossa declaração de direito, à qual todo privilégio, distinção e exceção deve ceder. A Constituição estabelece que a soberania está no povo, em cada membro da população. Cada indivíduo, portanto, tem o direito a uma palavra nas leis pelas quais é governado e na escolha da administração que a ele pertence. Doutro modo não é verdade dizer que todos os homens são iguais em direitos, que todos os homens são cidadãos.

Além disso, afirma também que “um homem é por definição um cidadão”, bem como que “ninguém pode tomar esse direito que é inseparável de sua existência aqui na Terra”³⁰.

Democracia é sobretudo o nome para a autoridade política exercida tão somente por meio da persuasão do maior número, ou ainda, para outros tipos de autoridade em outras esferas, esta, a princípio, exercida exclusivamente em base aceitável para os que estejam sujeitos a ela. Democracia é um nome mais sugestivo que república para designar uma política

²⁸ PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. São Paulo: Edipro, 2005

²⁹ CROOK, Malcolm. **Elections in the French Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 33.

³⁰ CROOK, loc. Cit.

declaradamente centrada na persuasão. Pressupõe o povo não apenas como portador imaginário da autoridade maior, mas também como instância de poder em si mesma, com capacidade de agir e exercer a força em seu próprio nome.

Segundo Joseph Schumpeter³¹, a democracia é “o governo do político”, ou seja, uma competição entre times de políticos pelo voto das pessoas e o poder de governar que dele decorria. A democracia é ao menos o governo de políticos sob real pressão de dirigir-se a seus governados com educação, pedir sua sanção e refrear seus ímpetos de reconstituição do governo sob as formas de uma aristocracia ou monarquia informal própria.

Entre 1739 e 1789 há o surgimento da escola utilitarista, segundo a qual, as instituições humanas deveriam promover o bem-estar das pessoas que são afetadas por elas e, em qualquer avaliação realizada para medir o quão bem essas instituições atendem ao propósito que lhes foi fixado, dever-se-ia levar em conta o bem-estar de todas as pessoas.

A propriedade privada era a base da virtude da justiça e o alicerce da sociedade civil, segundo David Hume³², *in verbis*:

Todas as aves da mesma espécie, em qualquer época e país, constroem seus ninhos da mesma forma: percebemos nisso a força do instituto. Homens de diferentes épocas e lugares projetam suas casas de maneira diferentes: percebemos aqui a influência do bom-senso e dos costumes. Podemos chegar a uma conclusão semelhante quando comparamos o instituto de procriação e o instituto da propriedade.

Os institutos da propriedade privada, troca de bens e acordos contratuais definem os deveres de justiça e a fidelidade a estes institutos é a virtude da justiça. Além disso, David Hume defende que estes institutos são produtos de convenções humanas (artificialidade), adotadas e impostas porque as pessoas as consideram úteis na promoção da felicidade. As pessoas se associam entre si na sociedade civil para garantir a paz e para criar condições que contribuam para que elas aproveitem a vida. Ademais, afirma que o sentido de justiça é aprendido gradativamente, à medida que os seres humanos se tornam cada vez mais conscientes de sua utilidade.

Jeremy Bentham³³ sustenta que a esfera do mundo social é um produto das convenções humanas, não de propósitos naturais, e de que esse mundo está e deve estar sujeito a um processo de reconstrução que vise à promoção dos objetivos humanos. Os direitos como todos

³¹ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Londres: George Allen & Unwin, 1950, p. 285.

³² HUME, David. **An Enquiry Concerning the Principles of Morals**. Project Gutenberg Ebook. 2010.

³³ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

os outros aspectos importantes do universo humano das instituições e dos costumes, são frutos de convenções humanas. Jeremy Bentham desenvolveu uma teoria que tem como pressuposto fundamental a proposição de que os arquitetos, construtores e reformadores do mundo social civilizado devem se esforçar em criar leis e instituições que maximizem a felicidade de seus membros (princípio da maior felicidade).

Cesare Beccaria³⁴ também alega que os institutos e as práticas que compõem a sociedade civil são artificiais ou convencionais, bem como que o principal objetivo da sociedade civil deveria ser promover a felicidade. O autor afirma que os princípios da moral e da política são extraídos de três fontes: a revelação, o direito natural e as convenções humanas, que correspondem às justiças divina, natural e política. Outrossim, sugere que a justiça não é algo real, “é simplesmente uma forma por meio da qual os humanos concebem as coisas, uma forma que influencia de maneira desmesurada a felicidade de todos”.

Ademais, suas propostas de reforma legal e penal objetivam reduzir a severidade das penas, equipará-las entre todas as classes de pessoas e canalizá-las no sentido de aumentar a felicidade dos membros da sociedade. A boa legislação conduz os homens para sua maior felicidade. Deste modo, qualquer pena que vá além da necessidade de preservar os vínculos da sociedade civil é injusta por natureza. A pena deve evitar que o criminoso realize outros crimes e impedir que outros façam o mesmo.

Adam Smith defende que o sentimento de justiça é natural e está implantado nos seres humanos, mas as instituições por meio das quais ele é promovido ou imposto, não são. A divisão do trabalho é o maior exemplo do autor³⁵. Embora a divisão do trabalho não seja originalmente um produto do projeto humano deliberado, ela é, de fato, uma consequência de incontestáveis acordos humanos concluídos ao longo de muitos anos, alguns dos quais produziram costumes e práticas estabelecidas, outros se transformaram em instituições.

Adam Smith, David Hume, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham concordam que os contornos do mundo social são frutos de convenções humanas, não de propósitos naturais inatos, e que esses contornos estão sujeitos a reforma à luz do projeto humano. Igualmente, redefiniram a justiça como um instrumento a serviço da utilidade, ou seja, uma ferramenta cujo propósito era fornecer uma estrutura que estimularia a produção de bens para satisfação dos humanos ou justificar um conjunto de regras destinadas a minimizar o sofrimento que alguns membros da sociedade impõem aos outros, ou ambos.

³⁴ BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. 1974.

³⁵ SMITH, Adam. **An Inquiry into the nature and causes of the wealth of Nations**. São Paulo: Metalibri Digital Library, 2007.

Contrário à tradição utilitarista, Immanuel Kant rejeitou enfaticamente a hipótese de que a promoção da alegria ou da felicidade humana pudesse servir de base para ideias razoáveis sobre a justiça. O autor em comento defendia que a base de todas as ideias razoáveis a respeito da justiça era o postulado de que os seres humanos são livres, racionais e responsáveis. Além disso, observava que o direito vem antes do bem.

Immanuel Kant utilizava dois argumentos para rejeitar a ideia de que a utilidade pode servir de fundamento para raciocinar a respeito da justiça. Todas as conclusões a que se possa chegar raciocinando com base na utilidade seriam duvidosas, este é o primeiro argumento. O segundo argumento tem como alicerce a hipótese de que uma teoria da moralidade razoável não pode se basear na felicidade porque as causas da felicidade variam de pessoa para pessoa, motivo pelo qual só a pessoa afetada está em condições de decidir qual a melhor forma de buscar a felicidade.

Immanuel Kant³⁶ sustentava que o fundamento adequado da justiça é a liberdade, não a felicidade. A liberdade é a submissão apenas às leis que a pessoa aplica a si mesma, seja sozinha ou junto com outros. Todavia, ser livre não é agir sem restrições, e sim não depender das restrições impostas pelos desejos arbitrados dos outros.

Outrossim, alega que os seres humanos têm um profundo interesse prático em raciocinar sobre o livre-arbítrio, a imortalidade da alma e a existência de Deus, acerca dos quais somos incapazes de obter um conhecimento fenomenológico/empírico. A teoria da justiça tem como suporte um dualismo entre *Homo phaenomenon* e *Homo noumenon*, sendo este último o mais importante para sua teoria de justiça, que tem como base os atributos não físicos.

A teoria da justiça de Immanuel Kant é uma teoria das leis da liberdade ou das leis morais que estabelece limites às ações externas das pessoas, limites que podem ser impostos por meio da coerção. A teoria mencionada tem como base o princípio do direito universal, cuja origem é o imperativo categórico, formulado da seguinte forma:

Qualquer ação é correta se puder coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal, ou se em sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal³⁷.

A sociedade justa é aquela cujos membros respeitam os direitos uns dos outros, abstendo-se de violá-los; é aquela cujos propósitos e inclinações mais importantes são manter

³⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Rodrigues J. Merege. Acrópolis versão para Ebooks.

³⁷ Id., **The Metaphysics of Morals**. Tradução de Mary Gregor. Cambridge: University Press, 1991, p.56.

relações sociais de respeito e reciprocidade mútua entre cidadãos livres e iguais, não aumentar de seu bem-estar, entendido em termos materiais.

No século XIX surgiram novas formas de conceber a justiça, porque as percepções da esfera do mundo social e do impacto que a atividade humana é capaz de ter sobre esse mundo, haviam mudado, em decorrência da revolução científica, tecnológica e industrial dos séculos XVII e XVIII e a Revolução Francesa. O fundamento das relações sociais havia sofrido uma mudança significativa da posição social para o contrato.

Uma ordem social legítima e justa se fundamenta no princípio do merecimento, segundo o qual o que as pessoas merecem receber está baseado naquilo que elas dão de contribuição à sociedade, de acordo com Claude Henri de Rouvroy³⁸, conde de Saint-Simon. Em outras palavras, as pessoas merecem colher o que plantam. E o que elas colhem tem que ver com o quanto elas realmente contribuem e quão úteis são suas atividades e produtos. De outra maneira, os prejuízos que as pessoas sofrem (ou os benefícios que usufruem) devem ser equivalentes em valor aos prejuízos que elas causam (ou aos benefícios que elas fazem).

Herbert Spencer³⁹ sustentava que a ideia de justiça tinha dois elementos equilibrados entre si, o primeiro é a igualdade, expressa na declaração de que cada um tem o direito à liberdade de ação dentro de uma esfera que é limitada pelas esferas idênticas às quais todos os outros têm direito. O segundo elemento é a desigualdade, segundo o qual cada um receberá os benefícios e os infortúnios conforme sua própria natureza e conseqüente comportamento.

A sociedade é justa se seus membros são iguais na medida em que cada um tenha a liberdade assegurada dentro de uma esfera de ação limitada pelas esferas semelhantes dos outros e as conseqüências favoráveis e prejudiciais que fluem para seus membros são equivalentes em valor às conseqüências favoráveis e/ou prejudiciais causadas por eles.

O princípio do merecimento podia ser entendido tanto como um princípio socialista quanto um princípio liberal. No primeiro, as autoridades competentes e imparciais distribuem recompensas segundo uma concepção de merecimento definida coletivamente. Já no segundo, os indivíduos têm a maior liberdade possível de realizar transações com outras pessoas e colher a redistribuição que elas, consideradas individualmente, estão dispostas a conceder. Independentemente da sua interpretação, o princípio do merecimento favorece a ascendente classe média de empreendedores.

³⁸ SAINT-SIMON, Henry. **The Reorganization of the European Community**. Social Organization, the Science of Man, and Other Writings. Tradução de Felix Markham. Nova York: Harper & Row, 1964, p. 29.

³⁹ SPENCER, Herbet. **The Principles of Ethics**. v. 2. Nova York: D. Appleton, 1898, p. 37-42.

O princípio de necessidade era a alternativa ao princípio do merecimento a título de critério ideal de justiça social. A ideia central é que a riqueza devia ser distribuída com base na necessidade. Tal princípio favorece os membros menos dotados da sociedade. A Louis Jean Joseph Charles Blanc⁴⁰ foi creditada a autoria do seguinte preceito: “De cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo sua necessidade”. O princípio da necessidade rompe a ligação entre contribuições e benefícios que é sustentada pelo princípio do merecimento. O princípio em comento é o resultado de uma relação de reciprocidade entre os membros de uma sociedade.

Karl Marx⁴¹ defendia que o princípio do merecimento/contribuição era um princípio socialista, bem como que o socialismo era apenas uma etapa do caminho para uma sociedade civil ideal, qual seja, o comunismo. O autor acreditava que numa sociedade suficiente humanitária, os seres humanos tratariam uns aos outros segundo o princípio da necessidade, sem serem obrigados a fazê-lo por meio de um Estado coercitivo.

Os princípios, do merecimento e de necessidade, de justiça social são antagônicos, mas ao mesmo tempo são contrários ao regime de privilégio hereditário típico do antigo regime francês. Importante destacar que ambos os princípios como critério de justiça social encontram objeções significativas.

Em relação ao princípio do merecimento destacam-se três objeções, quais sejam: I) Se a própria divisão do trabalho é a fonte de quase todos os bens que uma sociedade produz, então a riqueza dessa sociedade é por natureza social, e não uma simples reunião dos produtos de uma massa de produtos independentes. Porém, se a riqueza da sociedade é um produto social nesse sentido, não é evidente que a partilha justa desse produto seja aquela prescrita pelo princípio do merecimento individual; II) O princípio em questão não pode servir como critério ideal, suficiente e independente para avaliar a justiça das instituições e as práticas de uma sociedade, vez que o tipo de merecimento que esse princípio invoca não é independente dessas instituições; III) o mencionado princípio pode ser desumano, na medida em que muitas pessoas passariam por graves privações e, em consequência disto, algumas morreriam prematuramente, por não contribuírem ou contribuírem pouco. Deste modo, o princípio do merecimento não poderia ser o critério fundamental da justiça social, na medida em que essa concepção de justiça pretende ser útil na avaliação das atividades humanas e das organizações sociais. No que concerne ao princípio da necessidade, a principal objeção refere-se ao conceito de necessidade.

⁴⁰ BLANC, Louis Jean Joseph Charles. **A organização do trabalho**, 1839.

⁴¹ MARX, Karl. **Critique of the Gotha Program**. The Marx-Engels Reader. 2. ed. Nova York: Norton, 1978, p. 29-32.

Uma pequena parte do produto social das sociedades mais produtivas seria suficiente para atender a quase todas as necessidades de cada um, o restante deve ser distribuído em partes iguais a cada um dos membros da sociedade, sem levar em conta as contribuições que as pessoas fazem para a sociedade e para seus membros. Todavia, essa distribuição igualitária negaria a recompensa à pessoa pelo trabalho desempenhado. Assim, verifica-se que o princípio da necessidade ao mesmo tempo que precisa ser complementado pelo critério da igualdade, também expulsa a ideia de reciprocidade da esfera de ação da justiça, o que por consequência também romperia qualquer relação entre justiça social e justiça corretiva.

O triunfo da democracia representou o colapso das exclusões, uma após a outra, com indignidade cada vez maior, delas, o colapso da exclusão feminina é a mais recente, impetuosa e envergonhada. A expansão global da democracia é a mais importante força para produzir o recuo do terrorismo e da tirania, de acordo com George W. Bush⁴².

Na metade do século XX, John Rawls criou uma nova teoria da justiça social, chamando-a de justiça como equidade. O autor direcionava suas críticas à teoria utilitarista clássica, dentre as quais: I) o utilitarismo oferece uma proteção inadequada para a liberdade, na medida em que o princípio da maior felicidade justificaria a perda de liberdade da minoria; II) o utilitarismo tem como base uma concepção monista do bem, vez que adota a felicidade como a única medida suprema do bem-estar humano, não levando em conta toda a variedade dos propósitos humanos e conseqüentemente a pluralidade de concepções legítimas do bem; III) o utilitarismo tem como foco o bem-estar humano coletivo e não a justiça.

John Rawls⁴³ afirmava que a diferença entre sua teoria de justiça como equidade e a teoria utilitarista de justiça estão nos conceitos, na primeira, a ideia de direito decorre do conceito de bem, enquanto que na segunda, a ideia de direito vem antes do bem.

A teoria da justiça como equidade tem por objeto a divisão das vantagens resultantes da estrutura básica de uma sociedade. A estrutura básica da sociedade compreende suas principais instituições sociais, incluindo a constituição política, as estruturas econômicas fundamentais e as principais organizações sociais. A Justiça é um atributo da esfera da sociedade, que é aplicável ao cenário que determina os locais de privilégio e de privação numa sociedade.

As preocupações de John Rawls acerca das desigualdades estavam concentradas nas desigualdades de oportunidades na vida das pessoas e não nos resultados finais. Outra preocupação do autor são as formas pelas quais instituições sociais importantes moldam as aspirações e as expectativas dos indivíduos, bem como as formas pelas quais essas instituições

⁴² **US Leader appeals to closest friend in the word**, Financial Times, 20 nov. 2003, p. 4

⁴³ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 28.

determinam a divisão dos benefícios. Os bens deveriam ser distribuídos segundo a expectativa legítima.

Segundo John Rawls, a sociedade é um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais ao longo do tempo, de uma geração a outra. Condição de justiça são as condições de escassez moderada, ou seja, são aquelas em que nem desfrutamos de abundância ilimitada nem sofremos de privação extrema. A sociedade é uma espécie de parceria que visa ao benefício mútuo daqueles que resolvem dela participar, ou seja, a coisa significativa que é gerada por um sistema de cooperação social são os benefícios, não os deveres. Deste modo, apenas os benefícios estão sujeitos aos princípios da justiça social. Oportuno destacar que a distribuição de benefícios está restrita aos membros de determinada sociedade e não a toda a humanidade.

O melhor conjunto de princípios de justiça social será descoberto ao se imaginar uma quantidade de representantes que queiram chegar a um acordo entre si que melhor atenda aos interesses dos membros da sociedade perfeitamente justa, que surgirá com base nesses princípios. Os princípios básicos da justiça social são divididos em: das liberdades; de igual oportunidade; e da diferença. O primeiro sustenta que só as liberdades essenciais para o desenvolvimento e o exercício das duas capacidades de mais alto nível das pessoas morais⁴⁴ é que devem ser protegidas. O segundo estipula que as posições ou papéis na sociedade aos quais estão vinculadas recompensas desiguais devem estar abertos a uma concorrência justa baseada em oportunidades iguais. O último princípio determina que as desigualdades sociais e econômicas só se justificam na medida em que atuem para beneficiar os membros menos privilegiados da sociedade.

Enfim, a teoria da justiça como equidade se desenvolveu por meio de uma compreensão aguda das consequências do fato de que tanto a riqueza como as habilidades mais valorizadas encontradas nas sociedades altamente desenvolvidas são produtos sociais.

As teorias da justiça social, de um modo geral, incorporaram a ideia de que todas as riquezas geradas nas sociedades modernas são produtos sociais que só se tornaram possíveis por meio de uma complexa divisão do trabalho. Além disso, constata-se que tais teorias se distanciam da ideia de justiça ligada ao conceito de reciprocidade nas relações entre seres humanos.

⁴⁴ Capacidade de compreender, aplicar e agir com base num conjunto de princípios públicos de justiça. Capacidade de criar, rever e perseguir racionalmente uma concepção de bem.

Segundo David Johnston⁴⁵, a sensibilidade para a reciprocidade nas relações entre as pessoas seria uma característica fundamental de qualquer futura teoria de justiça convincente, bem como que “a ideia de justiça social deve ser reinventada como parte de uma concepção mais ampla de justiça, em cujo centro se encontre o conceito de relações sociais de respeito mútuo e de reciprocidade entre os cidadãos”.

Democracia é um termo de identificação política que significa que o poder é emanado do povo e exercido por ele, tal significado remanesce até os dias atuais. A definição que melhor expressa a ideia de democracia e está próxima do sentido etimológico da palavra é a realizada por Abraham Lincoln Hanks⁴⁶: “*that government of the people, by the people, for the people*”.

A respeito dessa forma de governo, Winston Leonard Spencer-Churchill⁴⁷ afirmou que “a democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram”.

A vontade do povo é expressa pela Democracia de três formas: a direta, a indireta e a mista. Na democracia direta, também conhecida como participativa, todos os cidadãos participam direta e ativamente das decisões governamentais, por meio de assembleias públicas. Impraticáveis nos dias atuais, vez que pressupõem uma estrutura territorial e social praticamente inexistente na época atual.

Na democracia indireta, chamada também de representativa, os cidadãos escolhem aqueles que os representarão no governo, ou seja, as decisões serão tomadas por representantes. Por último, na democracia mista, também denominada semidireta, os cidadãos elegem seus representantes para agir em seu nome, mas são previstos mecanismos de intervenção direta dos cidadãos (plebiscito, referendo, iniciativa popular, veto popular e recall).

O Brasil adotou a democracia mista como regime de governo, vez que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁸ afirma que:

⁴⁵ JOHNSTON, David. **Breve história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 277.

⁴⁶ HANKS, Abraham Lincoln. **Discurso proferido na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg** em 19 de novembro de 1863.

⁴⁷ CHURCHILL, Winston Leonard Spencer. **Discurso proferido no dia 11 de novembro de 1947 na Câmara dos Comuns do parlamento britânico**.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

A democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social.

A democracia tornou-se o nome do governo que garantia o caminho para a igualdade. A longa batalha pós-guerra contra a União Soviética e seus aliados tornou o termo democracia proeminente ao redor do mundo. A democracia como forma de governo e a democratização como processo cultural, econômico e político têm ritmos diferentes e estão sujeitos a tipos de pressão causal diversos.

A democracia como forma de governo é menos aberta, consideravelmente mais determinada e bem menos audaciosa em suas proposições. Como, no que concerne ao governo, certo número de seres humanos sempre controla, extensivamente e de numerosas formas, um contingente ainda maior, esse contraste fundamental entre valor e forma de governo tem alguns méritos óbvios.

A democratização é aberta, indeterminada e propositiva. Ela parte da concepção de democracia com valor político, sob o qual se deve, por fim, decidir o que quer que profundamente importe para um grupo de seres humanos.

Em suma, a mais importante inovação na história das ideias de justiça foi a difusão da ideia de justiça social, segundo a qual os seres humanos são capazes de reformular a esfera de seu mundo social de modo a adaptá-lo a um projeto intencional. A democracia conquistou o que muito se assemelha a um monopólio global em resposta ao questionamento sobre como um Estado-nação deveria ser governado.

1.2 JURISDIÇÃO

Inicialmente, é oportuno salientar que, o conflito é algo intrínseco à sociedade, vez que desacordos e problemas podem surgir em quase todos os relacionamentos. O conflito de interesses é inevitável quando se fala de relações ou relacionamentos entre pessoas, quer sejam físicas ou jurídicas.

O conceito de jurisdição já foi amplamente debatido e os que ganharam mais destaque foram os de Giuseppe Chiovenda, Enrico Allorio e Francesco Carnelutti, formulados sempre para traçar os limites entre as atividades jurisdicional e administrativa.

Jurisdição, segundo Giuseppe Chiovenda⁴⁹, é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Enrico Allorio⁵⁰ vê na aptidão para a formação da coisa julgada o elemento caracterizador da jurisdição. Parte da premissa normativista de que as funções do Estado são divididas pelas suas formas e não pelos seus fins. O efeito declaratório sendo a coisa julgada há jurisdição por padrão.

Francesco Carnelutti⁵¹ vê na jurisdição um meio de que se vale o Estado para a justa composição da lide, ou seja, a atividade jurisdicional por ele exercida através do processo visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação. Em outras palavras, jurisdição é uma função que busca a justa composição de uma lide, caracterizada por uma pretensão resistida ou insatisfeita.

José Ignácio Botelho de Mesquita⁵² defende que a nota característica da atividade jurisdicional não está na solução das controvérsias, pelo juiz, mas na atuação concreta do direito. Assim, o Estado só exerceria a jurisdição quando tomadas medidas que, no plano dos fatos, provoquem alguma alteração.

Aricê Moacyr Amaral Santos⁵³, Vicente Greco Filho⁵⁴ e Humberto Theodoro Júnior⁵⁵ conceituam jurisdição conciliando as concepções clássicas de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti. Assim, jurisdição é uma função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide.

Jurisdição é a atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: função judicial ou jurisdicional. Segundo Kildare Gonçalves Carvalho⁵⁶:

[...] a função jurisdicional é substitutiva da vontade das partes na aplicação do Direito: a autotutela (salvo em casos especialíssimos, como a legítima defesa) é substituída pela tutela estatal, ou seja, a lide será resolvida pelos órgãos judiciários próprios que substituem a vontade privada.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 8.

⁵⁰ ALLORIO, Enrico. **Sulla Dottrina Della Giurisdizione e del Giudicato**, v. II. Milano: A. Giuffrè, 1957.

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**, v. II. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 5.

⁵² MESQUITA, Ignácio Botelho de. **Da Ação Civil**. São Paulo: RT, 1975.

⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. I, 2010, p. 67.

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I, 1999, p. 167.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2014, p. 37.

⁵⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1272.

Celso Agrícola Barbi⁵⁷ salienta que a jurisdição “não compreende apenas a função de decidir qual o direito em um determinado caso, mas abrange também a atividade de tornar efetivo o direito reconhecido, o que se faz através da execução da sentença”.

Assim, através da jurisdição, o Estado substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesses ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo inclusive executar suas próprias decisões na persistência do conflito.

Cumprido ao Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, o exercício desta importante função, não mais circunscrita à composição e solução de meros conflitos de natureza intersubjetiva, pois abrange, uma visão mais ampla e contemporânea, as controvérsias de natureza coletiva e de caráter constitucional, destinando-se à garantia do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos fundamentais e dos valores constitucionais. Deste modo, é indispensável a existência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado de princípio da proteção judiciária, reconhecido pela doutrina como a garantia das garantias constitucionais. O mencionado princípio está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Segundo Jose Luis Bolzan de Moraes⁵⁸, o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.

No entanto, a ideia de monopólio judiciário do controle jurisdicional deve ser ressignificado, não ficando limitado ao acesso ao Judiciário, mas se estendendo, também, às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado e administrativo.

Ada Pellegrini Grinover⁵⁹ ao abordar o tema de jurisdição administrativa sustenta que:

Mais importante do que conceber uma estrutura judiciária autônoma é acolher princípios e regras que compatibilizem o interesse público com o interesse privado na formação de decisões sobre atuações administrativas, individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, editados por quaisquer dos poderes do Estado ou por particulares no exercício dessas atuações.

⁵⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

⁵⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Projeto de Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**. Buenos Aires: Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, 2012, p. 6.

Nessa óptica, é oportuno destacar os sistemas de justiça administrativa existentes, quais sejam: os sistemas francês, inglês e alemão.

No sistema francês, também chamado de dualidade de jurisdição ou de jurisdição dupla ou contencioso administrativo, há uma ordem jurisdicional organicamente ligada ao Executivo, mas dotada de autonomia e tribunais próprios, diferenciados das demais autoridades administrativas. Nesse sistema, há uma jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa, o que determina a existência de uma dualidade de jurisdição, qual seja, a jurisdição administrativa, formada pelos tribunais de natureza administrativa, e a jurisdição comum, formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios.

As vantagens do mencionado sistema são: I) a especialização dos julgadores, pois, o Conselho de Estado é formado por profissionais com larga experiência na área administrativa. Todos os litígios que envolvam a Administração são solucionados por especialistas naquela área; e II) a prolação de decisão eminentemente técnica, os julgadores são profissionais escolhidos dentre aqueles com larga experiência na Administração Pública, com isso, seus julgados são eminentemente técnicos, visto que têm profundos conhecimentos das atividades e dos problemas da Administração.

Por sua vez, as desvantagens são: I) a alta complexidade da composição do Conselho de Estado, a composição do Conselho de Estado é complexa, segundo informa Hely Lopes Meirelles⁶⁰; II) frequentes conflitos de jurisdição, considerando que o Direito Administrativo francês é, na sua maioria, não legislado, ou seja, seu conteúdo é basicamente formulado por decisões do Conselho de Estado, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹; e III) uma maior probabilidade de subjetivismo e parcialidade, as decisões dos processos que envolvam atos da Administração são da competência do Conselho de Estado, órgão formado basicamente por funcionários da própria Administração. Deste modo, existiria uma predisposição para favorecer a Administração. Neste aspecto, Mario Masagão⁶² afirma que:

Não há, pois, brecha por onde os defensores do contencioso administrativo o façam escapar a esta arguição suprema e esmagadora: o contencioso administrativo é o absurdo jurídico de uma das partes julgar em que é interessada. É necessário um sofrível embotamento da consciência jurídica, para arrancar a toga sagrada dos ombros do magistrado, atirá-la às costas de um dos contendores, e dizer-lhe: toma,

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁶¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 28.

⁶² MASAGÃO, Mario. **Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**. Tese (Livre docência em Direito Administrativo e ciência da Administração) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1972, p. 94.

julga tú mesmo do teu direito, contra o direito alheio! O contencioso administrativo importa nesse procedimento imoral.

Sobre o sistema em comento, José dos Santos Carvalho Filho⁶³ considera que:

O sistema do contencioso administrativo, também denominado de sistema de dualidade de jurisdição ou sistema francês, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justičas, as decisões proferidas ganham o revestimento da res iudicata, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa. A Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Compete-lhe julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder. A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e Tribunais administrativos. Na França, situa-se em seu ponto mais elevado o conhecido Conselho de Estado (*Conseil d'État*) e, no caso de conflito de atribuições entre as duas Justičas, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, criado fundamentalmente para esse fim. A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo.

No sistema inglês, também conhecido como de jurisdição una ou anglo-americano ou judiciarista, os tribunais judiciários comuns apreciam litígios civis e administrativos, conquanto possa existir uma especialização parcial, a exemplo de varas, câmaras ou turmas.

Neste sistema, todos os litígios, administrativos ou de interesses exclusivamente privados, podem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, que é o único capaz de produzir decisões definitivas, com força de coisa julgada. Aplicável a este sistema o adágio *una lex una jurisdictio*.

As vantagens deste sistema são: I) a imparcialidade dos julgadores, vez que o julgador está vinculado a órgão independente, bem como que o Estado-Administração e o administrado se colocam, a todo o momento, em plano jurídico de igualdade, quando seus conflitos de interesse são deduzidos nas ações judiciais; e II) a inexistência de conflitos de jurisdição,

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 931-932.

posto que todas as matérias são levadas a apreciação do Poder Judiciário – órgão encarregado de dizer o direito ao caso concreto.

No entanto, esse sistema também apresenta desvantagem, qual seja: a falta de especialização dos julgadores pode acarretar julgados em desacordo com os princípios que regem o Direito Administrativo.

José Cretella Júnior⁶⁴, ao tecer comentários acerca da diferença dos sistemas inglês e francês, afirma que:

A verdade é que o sistema do *common law* tem real e autônomo direito administrativo, embora não nos moldes do sistema francês. As diferenças essenciais entre o direito administrativo inglês e o direito administrativo francês residem num só ponto: prevalece, no primeiro, o princípio da horizontalidade; informa o segundo a idéia da verticalidade. Em outras palavras, a Administração inglesa é tratada, tanto quanto possível, no mesmo plano que os particulares; A administração francesa goza de prerrogativas e privilégios, exatamente por ser Estado, por ser detentora do *ius imperii*.

No sistema alemão, também denominado misto ou de jurisdição especializada, notabiliza-se pela especialização de um ramo do Poder Judiciário em matéria administrativa, com instâncias independentes, ressalvada a competência de uma Corte ou Tribunal Constitucional. Estruturalmente, guarda semelhança com as Justiças Especializadas no Brasil (Militar, Trabalhista e Eleitoral), cada uma munida de primeira, segunda e terceira instâncias. Portugal, Luxemburgo, Suécia, Áustria e Finlândia implantaram o sistema alemão de jurisdição e, segundo Michel Fromont⁶⁵, referido sistema foi o mais difundido na Europa.

Insta salientar que, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso⁶⁶, durante a Constituinte de 1987-88 e inspirado no modelo alemão, propôs a instituição de três Tribunais Superiores: o Tribunal Superior de Direito Público, o Tribunal Superior de Direito Privado e o Tribunal Superior de Direito Penal. Cada qual, competente para conhecer e julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais e Estaduais de 2º grau.

A vantagem do sistema alemão é a maior qualidade técnica dos julgamentos. As desvantagens são: I) a dificuldade de delimitação de competência, em razão do fracionamento das causas de direito público entre várias ordens judiciais; II) os regramentos processuais diversificados.

⁶⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo inglês**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1988, a. 25, n. 99, p. 74.

⁶⁵ FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006, p. 128-129.

⁶⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Ata da 139ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: 17 ago. 1987, p. 335-336.

No Brasil, durante o período colonial (de 1500 até 1822), vigia a legislação da monarquia portuguesa, na qual o executivo absorvia todos os poderes e o Rei podia avocar as causas que quisesse para decidir. Portanto, o Poder Judiciário não tinha autonomia e o caráter absolutista da referida legislação impedia o sistema de justiça administrativa.

No período imperial, de 1822 até 1889, sob influência do direito público francês, a dualidade de jurisdição foi aplicada no direito brasileiro. Em 1823, o imperador criou um Conselho de Estado, com funções políticas de aconselhamento e sem poder de decisão. Após sua suspensão, entre 1832 e 1841, o Regulamento 124, de 1824, reestabeleceu o conselho e acrescentou a função jurisdicional administrativa. A Constituição de 1924 conferiu independência ao Poder Judiciário ao mencioná-lo como único órgão jurisdicional.

No período republicano, a partir de 1889 até a Constituição Federal de 1988, o sistema adotado foi o da unidade de jurisdição, exercida pelo Poder Judiciário, semelhante ao sistema norte-americano. Neste sentido, pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁷, *in verbis*:

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

Oportuno destacar que, o exaurimento da via administrativa, isto é, percorrer todas as instâncias extrajudiciais possíveis como pré-requisito para acessar o Judiciário, fulminaria o direito da parte considerando a estrutura administrativa brasileira.

O prévio requerimento consiste em simples provocação da Administração. Negado o direito ou na hipótese de omissão no dever de decidir, o interessado pode ingressar em juízo. Diante do livre acesso ao Judiciário, o prévio requerimento também não subsiste, salvo as hipóteses taxativamente previstas nas Constituição Federal (arts. 114, § 2º, e 217, § 1º) quais sejam, frustração da negociação coletiva ou arbitragem nos dissídios coletivos; e quanto às competições desportivas.

Sob a óptica constitucional, o prévio requerimento preserva a separação das funções de administrar e julgar, evitando o gigantismo do Judiciário; racionaliza as demandas, limitando os pontos controvertidos da futura ação judicial, em termos práticos; e a instância administrativa é gratuita e dispensa advogado, em termos de custos.

⁶⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 816.

Assim, a justiça administrativa é uma necessidade que serve como instrumento de manutenção da atuação administrativa dentro dos limites legais e constitucionais, bem como para tutelar os direitos subjetivos dos administrados.

O artigo 3º do Código de Processo Civil dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, ou seja, de acordo com Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Martins Silva Stancati⁶⁸, ao se referir à apreciação jurisdicional, o mencionado artigo vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores.

Neste sentido, Marcelo Mazzola⁶⁹ destaca que “a jurisdição, outrora exclusiva do Poder Judiciário, pode ser exercida por serventias extrajudiciais ou por câmaras comunitárias, centros ou mesmo conciliadores e mediadores extrajudiciais”.

Em 2005, o Código de Processo Civil de 1973 foi alterado pela Lei n. 11.232 para incluir a sentença arbitral no rol dos títulos executivos judiciais, essa modificação fez com que a sentença arbitral possuísse a mesma força de uma sentença judicial transitada em julgado. Ideia que permaneceu no artigo 515, VII, do Código de Processo Civil de 2015. Desta maneira, da análise dos artigos 3º e 42, do Código de Processo Civil de 2015, constata-se a adoção da dualidade jurisdicional (jurisdição estatal e jurisdição arbitral). Neste sentido, Nelson Nery Junior⁷⁰ e Nancy Andrichi⁷¹ afirmam, respectivamente, que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial.

Os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade.

Deste modo, de acordo com Luiz Antonio Scavone Junior⁷²:

⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria Martins Silva. **A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015**. Revista de Processo, São Paulo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016, p. 20.

⁶⁹ MAZZOLA, Marcelo. PINHO, Humberto Dall Bernardina. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: 2019, p. 62.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 1300.

⁷¹ STJ, Conflito de Competência n. 113.260/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, J. 08/09/2010.

⁷² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4.

Jurisdição significa dizer o direito, ou seja, é o poder conferido a alguém imparcial, para aplicar a norma e solucionar o conflito por meio de processo, prolatando sentença capaz de produzir coisa julgada material e, nessa medida, pode ser imposta aos litigantes.

Insta destacar que, como bem assevera Roberto Portugal Bacellar⁷³:

Ofertar e estimular meios e soluções alternativas extrajudiciais (desjudicialização) não importa em enfraquecimento ou esvaziamento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas, sim, na busca por efetividade e melhor cumprimento do princípio de acesso à justiça, como acesso à resolução adequada dos conflitos.

Cândido Rangel Dinamarco⁷⁴ adverte que “a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado”. A tutela jurisdicional é uma dentre várias vias aptas à solução justa dos litígios, ainda que se esteja falando de Administração Pública.

1.3 GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é direito humano e fundamental, vez que previsto tanto na ordem jurídica internacional como na ordem jurídica nacional. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵ esclarece que:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a aplicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco de caráter supranacional (internacional).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, apresenta o acesso à justiça como Direito Humano, ao prescrever em seu artigo VIII que: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

⁷³ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

O direito de acesso à justiça também foi erigido como direito humano pela Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e pelo Pacto de São José da Costa Rica (1969).

A questão do acesso à justiça permeou importantes transformações processuais e institucionais, marcadamente aquelas introduzidas pela Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984) e na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1085). Todavia, Luciana Gross Cunha⁷⁶ observa que os juizados especiais teriam surgido como uma política pública do Poder Executivo para promoção de maior eficiência na prestação jurisdicional, preocupada em atender conflitos de baixo custo, que não encontravam resposta no Judiciário, e aproximar a justiça da população, conferindo ao Judiciário maior legitimidade como local de solução de conflitos sociais. Enquanto que a tutela de direitos coletivos seria uma resposta aos anseios dos movimentos sociais atuantes ainda na década de 1970, sob a ditadura militar, pela tutela dos direitos difusos.

Por sua vez, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁷⁷ positivou o acesso à justiça como um direito fundamental, bem como encarregou o Poder Judiciário da prestação da jurisdição a fim de zelar pela melhor resolução do conflito. Igualmente, a Constituição Federal também criou a obrigação do Estado assegurar a assistência jurídica integral e gratuita dos hipossuficientes (art. 5º, XXXI e LXXIV).

Pedro Manuel Abreu⁷⁸ destaca que “o acesso à decisão judicial, aliás, constitui importante questão política, uma vez que não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar, obter e executar a tutela jurisdicional”.

Fernanda Garcia Velasquez Matumoto⁷⁹ sustenta que o acesso à justiça:

[...] não se perfaz tão somente quando da chegada do cidadão ao judiciário, independente do pólo (passivo e ativo) que ocupa. Muito mais do que estarem os jurisdicionados abrigados por uma garantia constitucional pétrea, urge imperiosamente a efetividade dessa garantia, ou seja, a hipostasiação desse soberano direito que, na realidade, pétreo é, porém no sentido de petrificado, morto, de papel e, não no seu verdadeiro sentido, qual seja, de supremo, imutável e prevalente que deveria ser, afinal a justiça, muito além do que é o direito, é a simplicidade de dar a cada um o que é seu. Contudo, apenas quando da consecução dessa premissa é que

⁷⁶ CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30 e 120.

⁷⁷ “Art. 5º (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 39.

⁷⁹ MATUMOTO, Fernanda Garcia Velasquez. O acesso à justiça à luz da teoria crítica do direito. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**. Paraná, v. 6, p. 161-170, jul./dez. 2003, p. 161.

se verificará a magnitude das pilastras do Estado Democrático de Direito: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Oportuno destacar que a expressão “Acesso à Justiça” contém vários significados desde acesso ao Poder Judiciário até o entendimento de Horácio Wanderlei Rodrigues⁸⁰ de que acesso à Justiça é o “acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”, os quais podem ser alcançados pela solução adequada de conflitos.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁸¹, o termo “acesso à justiça” comporta três formas de definição: em sentido restrito, diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos - acesso a um juiz natural para a composição de litígios; em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos – acesso a mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais; e em acepção integral, significa “acesso ao Direito” – acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável.

A concepção inicial de acesso à justiça está focada na denegação da justiça aos pobres, em razão das custas judiciais e da necessidade de advogados. Em 1919, Reginald Heber Smith⁸² previu três formas para superar esta questão, quais sejam: proibição da presença de advogado; desnecessidade do advogado; ou disponibilização de um ou mais advogados para desempenhar suas funções.

Posteriormente, partindo de uma desconstrução da igualdade do liberalismo e do acesso à justiça enquanto um direito meramente formal de ingresso com a demanda judicial, Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolvem o Projeto Florença de Acesso à Justiça no qual discorrem sobre o direito de acesso à justiça à luz das transformações decorrentes da massificação das relações sociais, da expansão do *welfare state* e do reconhecimento dos direitos sociais e concluem que, na medida em que surgem novos conflitos e direitos que demandam ações afirmativas do Estado, as estruturas judiciárias demonstram sua inadequação, surgindo a necessidade de busca pela simplificação de procedimentos e por mecanismos eficazes de resolução de conflitos e vindicação de direitos.

⁸⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 77.

⁸² SMITH, Reginald Heber. **Justice and the Poor: A study of the present denial of justice to the poor and of the agencies making more equal their position before the law with particular reference to legal aid work in the United States**. New York: The Carnegie Foundation for the Advancement for Teaching, 1919, p. 40.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸³ afirmam que:

A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.

Estabelecidas destas premissas, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram uma trajetória cronológica de movimentos reformatórios que objetivam solucionar as barreiras existentes para o acesso à justiça. A primeira barreira a ser superada é de ordem econômica (falta de recursos e pobreza legal), faz-se necessário a incorporação dos pobres e hipossuficientes culturais. Assim, antes do ajuizamento da ação, devem ser proporcionadas informação e orientação jurídica, bem como assistência extrajudicial aos que não possuem condições econômicas e, no curso do processo, propiciar assistência judiciária gratuita ou em valores compatíveis com as condições das pessoas menos favorecidas e adequada representação legal.

O segundo obstáculo a ser enfrentado diz respeito a pobreza organizacional na postulação de direitos sociais e na vindicação de lesões que afetem classes, grupos e a sociedade como um todo (interesses difusos – meio ambiente e consumidor), na medida em que o indivíduo isolado é titular de parcela insignificante desse direito. Desta forma, os interesses transindividuais devem ser salvaguardados com a criação de mecanismos de coletivização de demandas, como a ação civil e a ação popular.

A terceira barreira a ser solucionada é de cunho processual, vez que o processo judicial tradicional já não é mais adequado para a resolução de determinados tipos de disputas. Assim, faz-se necessária a procura de outros mecanismos mais adequados para a solução das controvérsias, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸⁴ destacam que a terceira fase:

[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 25.

Nesse momento, há a construção de um sistema jurídico e procedimental mais humano, preocupado com o emprego de técnicas processuais diferenciadas para obtenção de resultados qualitativamente melhores, além de maior acessibilidade, maior informalidade e custos mais baixos.

Kim Economides sugere um quarto movimento que denomina “acesso à justiça por parte dos atores do direito”. Neste movimento:

Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: primeiro o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito da justiça⁸⁵.

O autor deixa o campo da oferta dos serviços jurídicos para concentrar-se no campo da ética legal, expondo “as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico”⁸⁶. Há a exposição das dimensões fáticas dos profissionais que se empenham em viabilizar o acesso à justiça e também à própria concepção de justiça.

Importante destacar que a educação jurídica desempenha relevante papel dentro do acesso à justiça porque é a solução para a barreira da falta de informação. João Antônio Fernandes Pedroso⁸⁷ defende que a educação para os direitos pode funcionar como um modo alternativo de resolução de conflitos, como forma de capacitar os cidadãos para o mundo jurídico-legal, para que sejam capazes de fazer um uso efetivo e eficiente dos instrumentos à sua disposição, obtendo benefícios e contribuindo para alcançar a justiça social.

Desta maneira, João Antônio Fernandes Pedroso⁸⁸ esclarece que “o acesso ao direito e à justiça representa os meios pelos quais os indivíduos conseguem aceder à informação jurídica e aos serviços jurídicos e resolver os conflitos em que são interessados”, deste modo, inclui tanto o acesso ao poder judiciário como também à informação e consulta jurídica e aos mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios.

⁸⁵ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? *In*: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYSZPAN, Mario. **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: FGV, 1997, p. 73.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁸⁷ PEDROSO, João Antônio Fernandes. **Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção**. Tese de Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2011, p. 142. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf Acesso em 20.10.2019.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 2.

Em face do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos tribunais, Roberto Bacellar Portugal⁸⁹ defende a existência de um quinto movimento voltado ao desenvolvimento de ações direcionadas a “saída da justiça em relação aos conflitos judicializados” e a “oferta de métodos ou meios adequados à resolução de novos conflitos, dentro ou fora do Estado”. Outrossim, esclarece que este movimento tem como “desafio inicial o de eliminar o estoque de casos antigos e como desafio permanente o de ampliar e manter um leque de opções colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos na forma alternativa adequada (sistema de múltiplas portas ou multiportas)”⁹⁰.

Por fim, Boaventura de Souza Santos⁹¹ apresenta uma concepção de acesso que “irá mudar a justiça que se tem acesso” (Revolução Democrática da Justiça), mediante um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, cujos principais vetores são: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; o velho e o novo pluralismo jurídico; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação profissional: da faculdade à formação permanente; novas concepções de independência judicial; relação do poder judicial mais transparente com o poder público e a mídia; cultura jurídica democrática e não corporativa.

Em suma, o acesso à justiça pode ser dividido em três etapas: mero acesso ao Poder Judiciário (direito de ação); acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva; acesso à ordem jurídica justa com resposta efetiva para o conflito entre as partes.

Neste sentido, Kazuo Watanabe⁹² defende que:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

De igual modo, Ada Pellegrine Grinover⁹³ afirma que o acesso à justiça:

Um dos mais caros aos olhos processualistas contemporâneos, não indica apenas o direito de aceder aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo

⁸⁹ BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

⁹⁰ BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**, 2007, p. 24. Disponível em: <http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf>. Acesso em: 15.10.2019.

⁹² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *In*: **Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor / Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord)**. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 303.

cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçadas.

Cândido Rangel Dinamarco⁹⁴ assevera que a mera propositura da ação judicial não equivale a acesso à justiça. Acesso à justiça é acessar a ordem jurídica justa, é obter justiça substancial, e justiça substancial é receber uma solução tempestiva, bem formulada e que melhore a vida em relação ao bem pretendido.

José Cichoki Neto⁹⁵ sustenta que o conceito de acesso à ordem jurídica justa engloba toda atividade jurídica, desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça.

Insta destacar que o enfoque de acesso à ordem jurídica justa foi adotado pelo Conselho Nacional de Justiça na medida em que ao editar a Resolução 125/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, declara em seus objetivos que:

O direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”, bem como que “cabe ao judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Outrossim, a Resolução CNJ 125 realizou a institucionalização formal do sistema multiportas no Brasil com a criação do Núcleo Permanente Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos, assim como Centros Judiciários de Solução de Conflitos, subdividido em setor de Solução de Conflitos Pré-Processual; Setor de Solução de Conflitos Processual; e Setor de Cidadania. Marcos Antônio Garcia Lopes Lorencini⁹⁶ destaca que:

O Sistema Multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado o não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed, revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 45 de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹⁵ CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2001.

⁹⁶ LORENCINI, Marcos Antônio Garcia Lopes. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos alternativos de solução de controvérsia. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44.

Dentre as técnicas, formas, métodos e meios para a solução dos conflitos passíveis de existência no Sistema Multiportas destacam-se a mediação, negociação, conciliação, avaliação técnica, aconselhamento, *ombudsman*, arbitragem, med-arb, juiz de aluguel (*rente-a-judge*), minijuri (*mini trial*), júri sumulado (*summary jury trial*) e levantamento dos fatos (*fact-finding*).

Oportuno destacar que o sistema principal e preferido para a resolução dos conflitos, ainda é o jurisdicional a cargo dos juízes togados, razão pela qual, no Brasil, sistemas multiportas são criados junto aos tribunais, os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Outro motivo é a falta de hábito em relação aos meios extrajudiciais

Deste modo, constata-se que a política adotou uma visão mais ampla do acesso à Justiça abarcando não só o ingresso com a demanda judicial, mas também:

O direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com objetivo de realização da ordem jurídica justa; direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características⁹⁷.

O sistema de tutela jurídica brasileira está em compasso com a nova concepção de acesso à justiça, sob um viés pluralista e democrático de resolução dos conflitos, mais adequado às necessidades da sociedade contemporânea, consubstanciado no acesso à ordem jurídica justa, pluralista, democrática e acessível a todos.

Outro aspecto do acesso à justiça que merece destaque é a disparidade de capacidades estratégicas dos litigantes e ausentes. Marc Galanter⁹⁸ propõe uma tipologia para os diferentes atores que litigam em juízo de acordo com a frequência com que se envolvem em litígios similares. Os litigantes repetitivos (jogadores habituais/*repeat players*) são aqueles que recorrem com mais frequência às cortes judiciais, geralmente são pessoas jurídicas de porte, com mais recursos e capacidade de prever os riscos decorrentes do uso da justiça estatal.

Os litigantes ocasionais (participantes eventuais/*one-shooters*) são aqueles que recorrem circunstancialmente à justiça estatal e para os quais sua demanda é única. Assim, os

⁹⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

⁹⁸ GALANTER, Marc. **Why the Haves Come Out Ahead?: Speculations on the Limits of Legal Change**. Law and Society Review, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Republicação (com correções) em Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 165-230. Disponível em: <<https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 97-98.

jogadores habituais teriam mais expertise e vantagens estratégicas tanto no litígio, quanto preventivamente, em relação aos participantes eventuais. Deste modo, patente, a má distribuição do acesso à justiça. A superação das desigualdades pela via do processo judicial perpassaria por superar as desigualdades entre os próprios litigantes que existem dentro do próprio processo, o que demandaria mudanças legislativas, institucionais e nos serviços jurídicos voltados à reorganização das posições estratégicas das partes.

Importante destacar que a tipologia acima mencionada não se ocupa dos atores que se encontram à margem do sistema, os ausentes. Segundo Boaventura de Sousa Santos⁹⁹, os ausentes representam a procura suprimida ou potencial de cidadãos que podem ter a consciência de seus direitos, mas não buscam o Judiciário quando sofrem violações.

1.4 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO (RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO)

Os Poderes Legislativo e Executivo, após 12 anos de longos debates e discussões iniciados com a Proposta de Emenda Constitucional n. 96/1992, e sensíveis ao problema em questão e a proporção assumida, aprovaram a Emenda Constitucional nº 45, de 2005, que realizou uma expressiva reforma do Poder Judiciário com modificações na estrutura interna e criação de instrumentos de controle externo, bem como introduziram novos institutos.

Oportuno mencionar que, segundo Andrei Koerner¹⁰⁰, existiram 3 correntes nos debates da reforma do judiciário, quais sejam: Corporativo-conservadora, que era capitaneada pelos ocupantes de órgãos de cúpula do Poder Judiciário, os quais sustentavam que a crise do judiciário era atribuída a fatores de insuficiência estrutural interna, motivo pelo qual defendia mudanças pontuais e a desnecessidade de controle externo. A corrente Judiciário Democrático era encabeçada por pesquisadores, juízes e profissionais de direito que questionavam a neutralidade da atuação judicial e defendiam mudanças estruturais na carreira para uma maior representação democrática e uma atuação mais politizada do Judiciário.

Por derradeiro, a corrente Judiciário Mínimo era defendida pelo governo federal e alguns juízes, juristas e pesquisadores que atribuíam a crise do judiciário a problemas estruturais e do crescimento da demanda, decorrentes do processo de urbanização próprio da época e do amplo reconhecimento de direitos sociais pela Constituição Federal. Assim, para o

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 37.

¹⁰⁰ KOERNER, Andrei. **O debate sobre a reforma judiciária**. São Paulo: CEBRAP, 1999, p. 11-26.

referido autor, a corrente Judiciário Mínimo prevaleceu nos debates da reforma, estendendo-se pela necessidade de adaptar o Judiciário para favorecer o crescimento econômico no contexto da globalização, reduzindo-se o custo e o tempo do litígio e aumentando-se a eficiência gerencial das estruturas judiciais.

A reforma do Judiciário atingiu ordens estruturais (informatização, virtualização dos procedimentos e instrumentalização dos atos judiciais); institucionais (julgamentos de repercussão geral, súmulas impeditivas de recursos, súmulas vinculantes e regulamentação administrativa por decisões do Conselho Nacional da Magistratura); procedimentais de legislação complementar do Estatuto da Magistratura e ordinária federal para celeridade do processual, mediação e conciliação; e de recursos humanos (mudança do operador do Direito, escolas de magistratura com cursos para aperfeiçoamento e promoção por merecimento, limitação de faculdades de Direito e exigência de experiência, e cursos de ingresso nas provas da Ordem dos Advogados do Brasil e concursos públicos).

As modificações mencionadas foram significativas e impulsionaram as transformações que se seguiram nos Tribunais a fim de melhorar a prestação jurisdicional, tornando o sistema judiciário brasileiro mais transparente e eficiente. Todavia, estas inovações não foram suficientes para amenizar o problema do acesso à justiça, foram necessárias também medidas de simplificação de procedimentos recursais e executivos, dentre os quais destacam-se os institutos da repercussão geral dos recursos extraordinários e da súmula vinculante.

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰¹ lecionava à época que:

[...] a grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na medida em que cabe ao direito processual a sistematização do método estatal de solução de controvérsias, devem os estudiosos dessa ciência voltar sua atenção para a criação de meios aptos à obtenção do resultado desejado.

O legislativo atento a esta preocupação introduziu na reforma do judiciário o princípio da celeridade processual, elencando no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15.

No entanto, a expressão “razoável duração” é de difícil balizamento. Ayres Brito¹⁰² destaca que a duração razoável do processo não compreende, em geral, uma obrigação de pisar no acelerador, mas sim de tirar o pé do freio.

Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁰³ prevê duas hipóteses de interpretação para a referida expressão. A primeira adota um critério objetivo no qual tempo razoável é o tempo legal, expressamente prevista na legislação processual. Já a segunda hipótese considera que o tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo.

Serge Guinchard¹⁰⁴ observa que o significado do que é ou não a duração razoável do processo só pode ser aferido *in concreto*, considerando as circunstâncias e a complexidade do caso em tela.

Oportuno salientar que o processo de duração razoável está ligado à distribuição de justiça e à garantia de direitos e da concretização no plano de fato, de obtenção do bem da vida para o jurisdicionado.

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais diz isso expressamente no § 1º do artigo 6º, nos seguintes termos: “[...] a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Rui Barbosa¹⁰⁵ discursando para seus afilhados, os bacharelandos de 1920 da Faculdade de São Paulo, lhes advertia:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Portanto, no intuito de garantir um processo justo e devido, no qual a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada de modo adequado, garantindo o resultado útil à demanda, o constituinte erigiu o princípio da celeridade processual à condição de direito fundamental.

¹⁰² Voto proferido no julgamento do RE 586.789, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 16/11/2011.

¹⁰³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Reforma do Judiciário**. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 288.

¹⁰⁴ GUINCHARD, Serge. **Droit Processuel. Droits fondamentaux du process**. Paris: Dalloz, 2011, p. 975.

¹⁰⁵ BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa**: Escritos e discursos seletivos. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p. 675.

Mauro Cappelletti¹⁰⁶ adverte que “o risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido”.

Insta observar que o princípio da celeridade processual tem estrita ligação com o princípio da eficiência da administração pública, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, vez que o princípio da eficiência, no sentido jurídico, impõe à Administração Pública e a seus agentes o dever de desempenhar suas funções com rapidez, perfeição e rendimento compatíveis, de modo a satisfazer os anseios dos administrados.

Importante observar que, tanto o princípio da duração razoável do processo, como o princípio da eficiência, encontram previsão infraconstitucional, nos artigos 4º e 8º do Código de Processo Civil¹⁰⁷.

Eduardo Azeredo Rodrigues¹⁰⁸ afirma que o princípio da eficiência almeja em seu interim a “produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilização da administração pública”.

Segundo José Afonso da Silva¹⁰⁹, o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e dos recursos humanos, materiais e institucionais para prestação dos serviços públicos de qualidade a todos os consumidores, independentemente de suas condições econômicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁰ entende que o princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado atingir. Nesse processo, ressalte-se, entre tantas outras inovações existentes, a entrada no mundo administrativo de institutos como os contratos de gestão, as agências autônomas e as organizações sociais.

Odete Medauar¹¹¹ enfatiza que o vocábulo eficiência está ligado à ideia de ação para produzir resultados, de modo rápido e preciso, para a satisfação da população.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰⁷ “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 210.

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior¹¹², o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, e não apenas em sua consistência interna: legalidade estrita, moralidade, impessoalidade.

De acordo com Marçal Justen Filho¹¹³, a eficiência é o desempenho de atividades que satisfaçam as necessidades dos usuários, da forma menos onerosa possível.

Por seu turno, Celso Bandeira de Mello¹¹⁴ afirma que:

[...] quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto.

Por fim, constata-se que os princípios da celeridade processual e da eficiência da administração pública tem como objetivo realizar a prestação da tutela jurisdicional de forma eficaz.

Deste modo, constata-se que houve uma mudança de orientação marcante no texto constitucional, vez que o constituinte originário consagra o direito de acesso como garantia da inafastabilidade da jurisdição, a Emenda Constitucional n. 45/2004 preocupa-se em relacionar acesso com a garantia à duração razoável do processo. As pesquisas antes marcadas por um enfoque sociológico, dão lugar a uma pauta economicista de cunho quantitativo que objetiva mensurar a produtividade e eficiência do Judiciário enquanto prestador de serviços.

Frederico de Almeida e Luciana Gross Cunha¹¹⁵ afirmam que:

No que diz respeito à atividade judicial, o debate sobre a relação entre judiciário e economia se sustenta em estudos realizados no final da década de 1990 e primeira metade dos anos 2000. Tais estudos partem do pressuposto de que o Judiciário, como prestador de serviços, deve ser imparcial, eficiente e eficaz, a fim de promover o desenvolvimento e crescimento econômico. Nesse sentido, o objeto de análise de tais trabalhos é o funcionamento do ordenamento jurídico nacional, os números referentes às atividades das instituições do sistema de justiça e as pesquisas realizadas por meio de cruzamento de dados relativos ao crescimento econômico e *surveys* aplicados com empresários e magistrados. Nessa linha, é possível citar os trabalhos de Armando Castelar Pinheiro, as Notas técnicas do Banco Central – em especial a NTBC n. 35 de maio de 2003 – e os estudos da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça.

¹¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas. **Revista dos Tribunais**, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92.

¹¹⁵ ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. **Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do judiciário**. Trabalho apresentado no evento Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Direito GV, Universidade de Wiconsin e ABDI, nov. 2010.

Outrossim, insta salientar que o levantamento de dados estatísticos viabiliza a demonstração de resultados para o investidor estrangeiro e o empresário sobre a previsibilidade e confiabilidade das instâncias judiciárias. A metodologia de coleta e análise de dados do relatório *Doing Business*¹¹⁶ emitido anualmente pelo Banco Mundial é desenvolvido dessa forma, ou seja, com foco no estudo da regulação local pertinente para fins de investimento e de empreendedorismo, ranqueando os países e duas instituições de acordo com o nível de burocracia, custos, tempo e previsibilidade das decisões.

Carlos Alberto de Salles¹¹⁷ destaca que a análise do direito orientada somente pelo critério da eficiência muito mais se aproxima de uma lógica de mercado do que de justiça, podendo, no limite, levar à negação da centralidade do conceito de justiça como peça chave na interpretação e aplicação do direito.

¹¹⁶ WORLD BANK. “**About Doing Business**”. **Doing Business 2016**. World Bank: 2016, p. 19. Disponível em:< <https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>>, acesso em 13 jan. 2020.

¹¹⁷ SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. **Revista de Direitos Difusos**. vol. 36. Direito Processual Coletivo I, mar./abr. 2006, p. 13-31.

2 INSTITUTOS QUE OBJETIVAM A CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO, A REDUÇÃO DAS DEMANDAS E A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em 1977, José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁸ salientava que:

A estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, correspondem ao modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente a situações de conflitos entre interesses individuais.

Todavia, a escalada do Estado Social, o reconhecimento dos interesses difusos e coletivos e a consagração da “era dos direitos”, transformaram o processo civil. Novas técnicas e instrumentos precisaram ser desenvolvidos para proteção jurisdicional dos direitos sociais.

A garantia de efetividade dos direitos sociais pressupõe a difícil superação do modelo de justiça civil voltada exclusivamente à tutela de direitos individuais. Esse tema foi abordado por José Roberto dos Santos Bedaque¹¹⁹, José Carlos Barbosa Moreira¹²⁰ e Arruda Alvim¹²¹, nos seguintes termos, respectivamente:

O Código de Processo Civil brasileiro, não obstante exemplo de aprimoramento técnico, constitui diploma distante das necessidades da sociedade moderna, voltada precipuamente para uma categoria de interesses, cuja características e peculiaridades foram praticamente ignoradas pelas regras instrumentais. As normas codificadas têm em vista tão somente os conflitos envolvendo direitos individuais. Não são adequadas, pois, à regulamentação de processo cujo objeto sejam interesses coletivos ou difusos.

Torna-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeiçoe às realidades atuais o instrumento forjado nos antigos moldes; ou antes, em casos extremo, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam o quadro bem definido das relações interindividuais.

O processo civil de nossos dias encontra-se num estágio de modificação profunda, na mesma esteira do que precedentemente se tem verificado no mundo ocidental, consistente em colocar ao lado do que se pode designar como processo civil clássico (em sua estrutura) outros instrumentos, destinados a fazer frente às necessidades, que não datam de hoje, mas que são cada vez mais agudas, nestes dias contemporâneos, conduzindo a uma espécie de convivência entre o processo civil

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110.

¹¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 16.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit.

¹²¹ ARRUDA ALVIM. **Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material**. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/2016/04/anotacoes-sobre-as-perplexidades-e-os-caminhos-do-processo-civil-contemporaneo-sua-evolucao-ao-lado-da-do-direito-material/>>. Acesso em: 05.01.2020.

clássico (já, em si mesmo, intrinsecamente alterado, em decorrência do descarte da inspiração individualista radical) e esse novo aparato hodierno.

Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, decorrem dos movimentos de universalização e multiplicação dos direitos humanos, bem como da massificação das relações sociais e das relações jurídicas, o que ocasionam a litigiosidade de massa.

Diante deste quadro, é oportuno pontuar que o Judiciário e o direito processual civil brasileiro carecem de inúmeros aprimoramentos, motivo pelo qual fala-se em crise do sistema processual ou crise do Poder Judiciário. No entanto, há que se mencionar também a crise da atuação Estatal, que falha ao prestar e ao fiscalizar serviços públicos.

Assim, a valoração da jurisprudência e dos precedentes judiciais como forma de proporcionar maior segurança jurídica, eficiência processual e igualdade é traço marcante do Novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual o artigo 926, do referido Código estabelece o dever de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais e sua manutenção de forma íntegra, estável e coerente. Por consequência lógica, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação do mesmo fundamento jurídico e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos. Decerto, “é inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados”, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹²².

Humberto Theodoro Junior¹²³ ao abordar o tema assevera que:

A força que o novo Código confere à jurisprudência, manifesta-se em dois planos: (i) o horizontal, de que decorre a sujeição do tribunal à sua própria jurisprudência, de modo que os órgãos fracionários fiquem comprometidos com a observância dos precedentes estabelecidos pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V); (ii) o vertical, que vincula todos os juízes ou tribunais inferiores às decisões do STF em matéria de controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes; aos julgamentos do STF e do STJ em recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados de súmulas do STF e do STJ; e, finalmente, à orientação jurisprudencial relevante de todo tribunal revisor das respectivas decisões, a exemplo das decisões nas resoluções de demandas repetitivas, nos incidentes de assunção de competência (art. 927, I a IV).

O entendimento dominante ou pacificado pela corte, sobre uma determinada questão jurídica, é consagrado por meio da edição de súmulas de jurisprudência dominante ou através de outras decisões frutos de procedimentos específicos para a formação de um precedente, tais

¹²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 32.

¹²³ THEODORO JUNIOR, Humberto, 1938. **Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2149.

como o incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos excepcionais repetitivos, institutos que serão tratados neste capítulo.

A Constituição Federal e o Código de Processo Civil de 2015, imbuído do espírito dos princípios da celeridade processual e eficiência da administração pública no intuito de realizar uma prestação jurisdicional eficaz, preveem alguns institutos processuais e constitucionais que procuram uniformizar as decisões, dar segurança jurídica aos jurisdicionados, bem como evitar o excessivo número de recursos. Maria Cecilia de Araujo Asperti¹²⁴ destaca as seguintes técnicas processuais:

- i) Formulação de enunciados jurisprudenciais de efeito vinculante sobre matéria constitucional, de modo a se evitar que divergências interpretativas acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre “questão idêntica” (Súmula Vinculante, artigo 103-A da CF);
- ii) Sumarização de julgamentos, com a possibilidade de julgamentos liminares de improcedência de mérito, em casos que dispensem a fase instrutória, quando houver entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria de direito (improcedência liminar do pedido, artigo 332 do CPC);
- iii) Antecipação dos efeitos da tutela pretendida sem o requisito da urgência, quando houver prova documental e tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos (tutela provisória de evidência, artigo 311, inciso II, do CPC);
- iv) Filtros recursais, como a possibilidade de julgamento liminar e monocrático pelo relator, quando houver entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, súmulas dos tribunais superiores ou do próprio tribunal (artigo 932, incisos IV e V, do CPC);
- v) Técnicas de julgamentos de casos repetitivos, em que, identificada a repetição de processos ou recursos com fundamento ou que contenham controvérsia sobre a mesma “questão de direito”, procede-se ao julgamento desta questão, firmando-se uma tese jurídica a ser aplicada aos casos análogos (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, artigo 976, e recursos especial e extraordinário repetitivos, artigo 1036, do CPC).

Importante destacar que, de acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier¹²⁵, “uniformidade não significa uniformidade de um certo entendimento, para sempre; e que estabilidade não significa imutabilidade. A uniformidade deve acontecer depois de um período de saudável desuniformidade, e gerar estabilidade”.

Sempre que o Tribunal competente delimita a controvérsia jurídica que causa a multiplicidade de processos idênticos ou que possui relevante repercussão social, econômica, política ou jurídica, surge um tema a respeito do qual aquela Corte irá deliberar, seja quanto ao preenchimento do requisito de admissibilidade do recurso ou do incidente ou do próprio

¹²⁴ ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 116-117.

¹²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: **Direito jurisprudencial**. p. 11-95. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012, p. 13.

mérito da questão discutida. Nesta ocasião, a Justiça Brasileira utilizara os instrumentos da repercussão geral dos recursos extraordinários, do rito de julgamento de recursos especiais ou de revista repetitivos, do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e do incidente de assunção de competência (IAC) na Justiça brasileira. Outro instituto que objetiva desafogar o poder judiciário de processos é a súmula vinculante.

Bruno Dantas¹²⁶ afirma que “normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral”.

2.1 REPERCUSSÃO GERAL

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que atua como Corte Constitucional e Corte de última instância recursal, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal extraordinária, as demandas em que se alega ofensa a dispositivo constitucional. Deste modo, exerce tanto as funções clássicas como as modernas, quais sejam, uniformizadora e nomofilática e paradigmática dikelógica.

O Supremo Tribunal Federal tem funções ditas “clássicas”, consistentes na tutela do direito objetivo – função nomofilática – e na uniformização da aplicação do direito pelos tribunais inferiores – função uniformizadora, bem como possui as funções ditas moderna – funções dikelógica e paradigmática. A primeira se liga ao julgamento do caso concreto, tocante, pois, ao interesse secundário tutelado pela via dos recursos excepcionais; a segunda, como dissemos, está intrinsecamente ligada às funções clássicas – nomofilática e uniformizadora – já que se presta a assegurar que a decisão dos tribunais superiores seja observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, por constituir a expressão da interpretação última do direito.

Por isso, disse-se que tais funções caminham juntas, afinal, não há como cogitar de a função nomofilática ser bem exercida sem que, a ela, agregue-se a uniformização da aplicação do direito objetivo aos casos concretos e, sobretudo, que a decisão tenha o potencial de atingir os demais órgãos do Poder Judiciário, a fim de que o direito seja efetivamente aplicado da maneira mais adequada possível. É dizer: só se zela, efetivamente, pela integridade e coerência do direito objetivo se, correlatamente, houver a efetiva uniformização da aplicação do direito.

¹²⁶ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Ed. RT, 2014, p.50.

Significa isso dizer que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Cúpula são, efetivamente, paradigmáticas, afinal, razão não há para crer que o STF possa dar a última palavra a respeito da interpretação do texto constitucional, pela via recursal extraordinária, mas os demais órgãos judiciários possam, indistintamente, aplicar entendimento diverso, fazendo que a parte a quem aproveita a interpretação do próprio STF seja compelida a levar a questão ao conhecimento do Tribunal.

A primeira tentativa de diminuir o número de recursos extraordinários em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal surgiu em 1965 por meio de uma emenda no Regimento Interno do Tribunal Excelso, na qual permitia que os recursos em trâmite há 10 anos ou mais fossem arquivados pelo relator, se intimadas, as partes não se manifestassem em 90 dias, de acordo com Elvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge¹²⁷.

Em 1977, instituiu-se o sistema da arguição de relevância, ou seja, a admissão do recurso extraordinário estava condicionada a relevante questão federal. No entanto, a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 promoveu um aumento do número de demandas, o que tornou necessário a criação de novos mecanismos para limitar o número de recursos.

Dessa maneira, segundo Eduardo Talamini¹²⁸, a técnica de julgamento por amostragem foi introduzida pelo Supremo Tribunal Federal através da Emenda Regimental n. 12/2003, que disciplinou o julgamento de recursos extraordinários provenientes dos Juizados Especiais Federais no § 5º do artigo 321 do referido regimento.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu no ordenamento brasileiro um filtro recursal denominada repercussão geral. O instituto da repercussão geral foi regulamentado pela Lei n. 11418/2006, nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973. Promulgada a Lei em comento, a Emenda Regimental n. 21/2007 normatizou o procedimento de repercussão geral para todos os recursos extraordinários. A inserção do artigo 543-C no Código de Processo Civil de 1973 também possibilitou ao Superior Tribunal de Justiça a escolha de um ou mais processos considerados representativos da controvérsia.

O Código de Processo Civil de 2016 manteve a sistemática de julgamento da repercussão geral e estabeleceu ainda a possibilidade de julgamento de recursos extraordinários por amostragem (art.1036). Na existência de uma multiplicidade de recursos

¹²⁷ JORGE, Flávio Cheim; SÁRTORIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 183.

¹²⁸ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. *In*: **Julgamento de Casos Repetitivos**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodium, 2017, p. 139-166, p. 157.

extraordinários, Tribunal de origem verifica se matéria tratada é isolada ou repetitiva. Se isolada, o órgão julgador de origem realiza o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário e em relação a repercussão geral só verifica se existe a preliminar formal. Se repetitiva, a Corte de origem escolhe 3 Recursos Extraordinários que apresentem os requisitos de admissibilidade e remetem para o Supremo Tribunal Federal, os demais recursos ficam sobrestados até a decisão da repercussão geral.

Oportuno destacar que a repercussão geral é um requisito intrínseco de admissibilidade para o recurso extraordinário, antecedente e prejudicial a qualquer outro, cujo ônus da demonstração cabe ao recorrente, sob pena de inadmissão do recurso extraordinário. Além disso, a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, deve observar o binômio relevância (constitucional) e transcendência (interesse público) da questão.

A repercussão geral tem por finalidade delimitar a competência do c. Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Outrossim, visa uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o Supremo Tribunal Federal decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

A análise da existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF (art. 1035, § 2º, CPC). Inicialmente, é realizada pela turma do STF (mínimo de 4 votos).

A existência de repercussão geral é presumida sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos e tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal (art. 1035, § 3º, CPC)

Negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos que envolvam matéria idêntica. Curioso observar que O Procurador Geral da República não se manifesta sobre a questão da repercussão geral, apenas sobre o recurso extraordinário.

No Supremo Tribunal Federal constam 1.082 temas de repercussão geral, dos quais 1.072 já foram apreciados, com 730 reconhecimentos da repercussão geral da matéria versada no Recurso Extraordinário e 421 decisões de mérito proferidas¹²⁹. A repercussão geral já sobrestou 1.212.927 processos.

¹²⁹ Dados extraídos do Portal do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

No STF, o que se percebe é que o número de temas criados foi sistematicamente muito superior à capacidade de decisão da Corte de 2007 a 2012. A partir de 2013, essa dinâmica se inverteu com mais julgamentos de matérias de repercussão geral do que criação de novos temas, com exceção somente ao ano de 2015, no qual o número de temas criados voltou a sobejar as decisões¹³⁰.

Além disso, da análise do Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios de 2018 do Conselho Nacional de Justiça¹³¹, constata-se que os assuntos mais recorrentes em temas de repercussão geral são servidor público civil, crédito tributário e impostos.

2.2 SÚMULA VINCULANTE

Inicialmente, faz-se necessário definir o que vem a ser precedente, jurisprudência e súmula para se extrair a conceituação de súmula vinculante. Precedentes judiciais, para Thomas da Rosa de Bustamante¹³², são como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹³³ aduz que o termo jurisprudência traduz a “coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada Justiça, sobre um mesmo tema jurídico”.

Carlos Alberto de Salles¹³⁴ realiza diferenciação entre o conceito de jurisprudência e de precedente. O primeiro é um conjunto de julgados relacionados a uma situação de fato específica durante um período de tempo, que expresse o posicionamento jurídico de um órgão julgador sobre a matéria. Enquanto que o segundo é uma técnica decisória em que a *ratio decidendi* de uma decisão é utilizada para julgamento de um caso subsequente.

Lênio Luiz Streck¹³⁵ esclarece que jurisprudência comporta três significados:

¹³⁰ Dados extraídos dos Boletins Estatísticos do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹³¹ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15

¹³⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: Novas técnicas decisórias. In: **O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77-88.

¹³⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p. 83.

a) em sentido estrito, pode indicar a “Ciência do Direito”, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”; b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se nesse sentido, em ‘firmar jurisprudência’ ou ‘contrariar a jurisprudência’.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo¹³⁶, jurisprudência é fruto de uma interpretação reiterada que as cortes dão à lei, nos casos concretos submetidos a seu julgamento. Enquanto súmula é uma síntese da Jurisprudência sobre determinado tema jurídico.

Fábio Victor da Fonte Monnerat¹³⁷ leciona que as súmulas são o produto de um procedimento específico voltado à verificação do entendimento jurisprudencial dominante no âmbito de determinado tribunal, e por este motivo retratam a constatação e formalização do entendimento dominante, o que afasta a necessidade de identificação empírica do entendimento jurisprudencial uniforme e de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados ou de difícil determinação.

Nas palavras de Fredie Didier¹³⁸, “a súmula é o enunciado normativo (texto da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”.

De acordo com Nelson Nery Junior¹³⁹, “súmula vinculante é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados”.

Súmula, segundo Bruno Dantas¹⁴⁰, “é o conjunto de enunciados que sintetizam o entendimento consolidado de um dado tribunal ou órgão fracionário acerca de determinado assunto que lhe tenha sido submetido por intermédio de recursos ou ações”.

Victor Nunes Leal¹⁴¹ afirma que a súmula tem por objetivo buscar o meio-termo ideal da estabilidade da jurisprudência, situando-se entre a dureza dos assentos e a inoperância dos julgados.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula Vinculante e a Lei 11417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema. **Revista Brasileira de Direito Público**, 2007, p. 112.

¹³⁷ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. Coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1130.

¹³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Jus Podvm, 2016, v. 2, p. 500.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 664.

¹⁴⁰ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p.58.

¹⁴¹ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, n. 145. Jul-set. 1981, p. 2.

Deste modo, súmulas são enunciados abstratos e gerais voltados a uma solução mais expedita de caso concretos, extraídos do repertório de julgamentos de determinado órgão jurisdicional após a decantação jurisprudencial da matéria.

Estabelecidas estas premissas, é relevante abordar os antecedentes históricos da súmula vinculante ou constitucional que só foi instituída com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

No Brasil, as primeiras fontes de direito positivo foram as Ordenações lusitanas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), nas quais já era perceptível a preocupação com a unicidade da interpretação e da aplicação da lei ao caso concreto.

A interpretação dos dispositivos, em caso de dúvida, era atribuída à Casa de Suplicação que lançava o produto da interpretação no Livro da Relação, em formas de assentos obrigatórios, com força de lei. Os Assentos Obrigatórios eram pronunciamentos genéricos emanados da Casa de Suplicação, dotados de força vinculativa e soberana, com o escopo de esclarecer questões de direito em tese.

Proclamada a independência do Brasil, em 1822, as Ordenações Filipinas continuaram a irradiar seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, foram editados o Decreto Legislativo 2.684/1875 para regulamentar os Assentos da Casa de Suplicação no Brasil e, em seguida, o Decreto 6.142/1876 para regulamentar o funcionamento da tomada de assentos do Superior Tribunal de Justiça.

Os assentos em comento mantiveram-se vigentes até a Constituição de 1891, ocasião em que foram substituídos pela nova técnica de uniformização de jurisprudência prevista no art. 59, § 2º¹⁴². Em 1923, o Decreto n. 16.273¹⁴³ criou o instituto do prejudgado, concebido por

¹⁴² Art. 59, § 2º da CR/1891: Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

¹⁴³ Art. 103. Quando a lei receber interpretação diversa nas Camaras de Appellação cível ou criminal, ou quando resultar da manifestação dos votos de uma Camara em um caso sub-judice que se terá de declarar uma interpretação diversa, deverá a Camara divergente representar, por seu Presidente, ao Presidente da Côrte, para que este, incontinenti, faça a convocação para a reunião das duas Camaras, conforme a materia, fôr cível ou criminal.

§ 1º. Reunidas as Camaras e submetida a questão á sua deliberação, o vencido, por maioria, constitue decisão obrigatoria para o caso em apreço e norma aconselhavel para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se identico procedimento de instalação das Camaras Reunidas.

§ 2º. O accordam será subscripto por todos os membros das Camaras Reunidas e, na sessão que se seguir, a Camara que tenha, provocado o procedimento uniformizador, applicando o vencido aos factos em debate, decidirá a causa, ressalvada aos membros das Camaras que se tenham mantido em divergencia a faculdade de fazer refereneia não motivada, aos seus votos, exarados no referido accordam.

§ 3º. Para os fins previstos neste artigo, cada Camara terá um livro especial, sob a denominação de "livro dos prejudgados", onde serão inscriptas as ementas dos accordams das Camaras Reunidas, inscripção que será ordenada pelos respectivos presidentes.

legislações estaduais, que consistia na pronúnciação prévia do tribunal pleno ou de órgão colegiado que o regimento indicasse, para ser seguida no recurso em andamento, e podia ser suscitada por qualquer juiz ou parcela de tribunal ou, ainda, provocada por parte na causa, evitando-se com isso, a divergência de decisões.

O referido instituto foi mantido no Código de Processo Civil de 1939 em seu artigo 861¹⁴⁴ e instituído na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452/43) no *caput* do seu art. 902¹⁴⁵ e no Código Eleitoral (Lei 4.717/65) em seu artigo 263¹⁴⁶, todavia, o Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 1977, ao julgar a Representação nº 946¹⁴⁷, os revogou sob o fundamento de incompatibilidade com a Constituição de 1946, preservando o instrumento do:

[...] prejulgado *in genere* apenas como mero veículo em que se consubstancia o entendimento prevalecente no seio do Tribunal Superior do Trabalho, sem a força normativa que lhe expressava o derogado dispositivo consolidado. À semelhança da súmula desta Alta Corte, o prejulgado há de ser entendido como a cristalização de jurisprudência acerca de determinado tema, já suficientemente amadurecido na análise de casos semelhantes, com o que ganha o Tribunal e ganha os jurisdicionados as celeridades dos julgamentos.

Torna-se oportuno destacar que as demais Constituições que a sucederam não conservaram a figura do prejulgado, bem como que existiram duas tentativas de reintroduzir o instituto dos assentos no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, ambas as tentativas não lograram êxito sob o fundamento de que a vinculação das decisões das instâncias superiores

§ 4º. Em caso de empate na votação, o presidente da sessão de Camaras Reunidas, que será o da Camara que provocou a decisão, submeterá o caso ao Presidente da Córte, para que este, com precedencia sobre qualquer outro julgamento, submetta a materia á deliberação da mesma Córte.

§ 5º. Serão, sempre, relatores dous desembargadores, um de cada Camara, designado pelo respectivo presidente.

§ 6º. Na primeira semana de cada trimestre, o secretario da Córte providenciará para que seja feita, sob sua directa e pessoal inspecção, a permuta de inscripções entre os livros de prejulgados das Camaras de identica jurisdicção por materia.

§ 7º. As normas para confecção desses livros serão estabelecidas pelo Presidente da Córte de Appellação, que exercerá sobre elles a necessaria inspecção e mandará que sejam franqueados ao publico.

¹⁴⁴ Art. 861 do CPC/39: A requerimento de qualquer dos seus juizes, a câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronúnciação prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas.

¹⁴⁵ Art. 902 da CLT: É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu Regimento Interno.

§ 1º. Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, a justa causa que o sugerira, mas tinha caráter normativo. O Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a constitucionalidade do prejulgado trabalhista.

¹⁴⁶ Art. 263 do CE/65: No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do tribunal.

¹⁴⁷ STF, Rp 946/DF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 01.07.1977.

às instâncias inferiores, prejudicaria o progresso do direito e da livre convicção dos juízes, bem como invadiria a competência do Poder Legislativo.

Em 1964, a Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Insta destacar que, as súmulas não possuíam caráter normativo, não vinculava ou obrigava ninguém, atuavam tão somente como um valioso instrumento de persuasão no julgamento de casos idênticos.

Taís Schilling Ferraz¹⁴⁸ assevera que:

Além de servir à divulgação da jurisprudência da Corte, a consolidação de enunciados permitiu simplificar a motivação de suas decisões, mediante invocação aos respectivos conteúdos. Justificou, ainda, a inadmissibilidade de recursos extraordinários contra decisões que estivessem em conformidade com o entendimento consolidado.

Por sua vez, José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁹ lembra que a previsão da súmula no ordenamento remonta a uma iniciativa de redução de sobrecarga de trabalho no Supremo Tribunal Federal, ao permitir que julgadores fundamentem suas decisões fazendo simples referência a tais proposições.

O Código de Processo Civil de 1973, com o propósito de evitar decisões discrepantes de um mesmo tribunal, instituiu em seus arts. 476¹⁵⁰ a 479¹⁵¹, o incidente de uniformização de jurisprudência, do qual poderia resultar na edição de súmula. Em outras palavras, estendeu a possibilidade de editar súmulas a todos os tribunais da União e dos Estados, o que anteriormente estava restrito ao Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, surgiram outras inovações na legislação, a fim de albergar a autoridade das súmulas de jurisprudências predominantes, tais como: art. 38¹⁵² da Lei n.

¹⁴⁸ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 27, 2005, n. 4, p. 50.

¹⁵⁰ Art. 476: Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

¹⁵¹ Art. 479: O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

¹⁵² Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, imprecendente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

8038/90, art. 131¹⁵³, da Lei n. 8213/91 (redação dada pela Lei n. 9528/97), arts. 120, parágrafo único¹⁵⁴, 475, §3º¹⁵⁵, 544, §3º¹⁵⁶, 557¹⁵⁷, todos do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pelas Leis 9756/98 e Lei 10352/01.

Os exemplos mencionados evidenciam, como denota Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁵⁸, “uma potencialização da eficácia das súmulas no direito brasileiro operada pelo legislador infraconstitucional”.

Neste contexto, de acordo com Glauco Salomão Leite¹⁵⁹:

A jurisprudência dominante e as suas súmulas, embora destituídas de força vinculante nesses casos, já não podiam ser vistas como simples elementos de integração do direito legislado, como se não exercessem influencia alguma na práxis jurídica.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 introduziu o artigo 103-A na Constituição Federal que instituiu a súmula vinculante, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, por decisão de dois terços dos seus membros e depois da publicação na imprensa oficial, impõe seu entendimento dominante sobre certa matéria de índole constitucional aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Bruno Dantas¹⁶⁰ aponta cinco traços distintivos entre a súmula persuasiva ou processual e a súmula vinculante ou constitucional, quais sejam:

¹⁵³ Art. 131. O Ministro da Previdência e Assistência Social poderá autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

¹⁵⁴ Art. 120. (...)

Parágrafo único – Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contados da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

¹⁵⁵ Art. 475, § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

¹⁵⁶ Art. 544. (...)

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

¹⁵⁷ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 307.

¹⁵⁹ LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

O primeiro traço distintivo é o objetivo [*rectius*: objeto]: enquanto a súmula persuasiva se dirige a compendiar os entendimentos firmados pelo tribunal, podendo, em tese, versar indistintamente, sobre qualquer questão sob a jurisdição do STF, a súmula vinculante, consoante disposição expressa do § 1º do art. 103-A constitucional, possui contornos muito mais rígidos, e somente dirá respeito a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas sobre as quais paire controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública e, dessa controvérsia, exsurja grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Não basta, portanto, que se preencha algum ou alguns dos requisitos mencionados. É imperioso, para que o suporte fático seja apto a dar sustentação à edição do enunciado da súmula vinculante, que todos os requisitos estejam presentes cumulativamente.

O segundo traço distintivo digno de nota é o quórum de deliberação: enquanto o § 1º do art. 102 do Regimento Interno do STF fixa que “a inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta”, o caput do art. 103-A da CF se refere a decisão tomada por dois terços dos membros do STF. Vale dizer, enquanto para a súmula persuasiva basta a concordância de seis ministros, para a súmula constitucional é necessária a anuência de no mínimo oito ministros.

O terceiro traço distintivo é a forma de revisão e cancelamento de enunciados, vez que a Lei 11417, de 19.12.2006, prevê para a súmula constitucional duas modalidades de procedimentos: um autônomo e outro incidental.

O quarto traço reside no tom político que se deu aos enunciados da súmula vinculante quando a Constituição enunciou um rol mínimo de legitimados, que pode ser ampliado, mas jamais reduzido, por lei federal, para provocar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados.

O quinto traço é a existência de um instrumento atípico no direito brasileiro, segundo o qual, havendo enunciado da súmula vinculante num dado sentido, a decisão ou o ato administrativo que o contrariar torna-se suscetível de impugnação por reclamação, dirigida diretamente ao STF.

José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶¹ ponderam que:

Pode-se, de fato, constatar, como já se observou, que, de algum modo, em todas as épocas históricas, por meio do Direito, procurou-se obter algum tipo de estabilidade. Têm variado os graus de estabilidade que se tem pretendido obter e as técnicas jurídicas pelas quais tem-se pretendido sejam estes níveis alcançados. A adoção do sistema da súmula vinculante, neste contexto, pode ser vista como uma das técnicas que tendem a levar àquele resultado, no sentido de se chegar perto da previsibilidade que, ao que parece, considera-se desejável.

A Lei 11.417/06 disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos

¹⁶⁰ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Ed. RT, 2014, p.59-60.

¹⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodriguez; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista dos Advogados**, Ano XXVII n. 92 julho de 2007. São Paulo: AASP Associação dos Advogados de São Paulo, 2007, p. 11.

judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. A competência para a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O art. 103-A, § 2º, da Constituição Federal preceitua que as súmulas vinculantes poderão ser aprovadas, revisadas ou canceladas por proposta do Presidente da República, Mesa da Câmara de Deputados, Mesa do Senado Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, Mesa das assembleias legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, partido político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A Lei nº 11.417, em seu art. 3º, amplia o rol de colegitimados, estendendo essa faculdade ao Advogado-Geral da União, à Mesa do Congresso Nacional, ao Defensor Público-Geral da União, ao Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal, ao Procurador Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, ao Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares e, por fim, ao Município, porém, este somente poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte.

Insta salientar que o Procurador Geral da República sempre participa previamente do processo, salvo quando formular a proposta, bem como que o relator do processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros (participantes ou colaboradores) na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 3º, §2º, da Lei 11.417/06). Trata-se de importante elemento de democratização no regimento jurídico das súmulas vinculantes.

Importante destacar que, para fundamentar o pedido de edição da súmula vinculante, o legitimado deve demonstrar que: a) a matéria a ser sumulada é de cunho eminentemente constitucional; b) há reiteração de decisões idênticas; c) há controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração; d) a situação acarreta grave insegurança jurídica; d) a situação redunde multiplicação de processos idênticos; E, para os casos de processo deflagrado por Município: e) haja processo judicial em curso no qual o Município seja parte e discuta, incidentalmente, o tema que será objeto principal do processo de súmula vinculante.

A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão (art. 6º da Lei 11.417/06). O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, em sessão plenária, aprovar, revisar ou cancelar súmula vinculante (art. 103-A da CF e art. 2º, § 3º, da Lei 11.417/06).

As súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal terão, a partir de sua publicação na imprensa oficial, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Art. 2º da Lei 11.417/06 e art. 103-A da CF). Em regra, as súmulas vinculantes terão eficácia imediata, no entanto, a modulação ou limitação temporal de seus efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

No prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo (art. 2, § 4º da lei 11.417/06).

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal - sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação - que se julgar procedente anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (Art. 7º, caput e § 2º, da Lei 11.417/06 c/c art. 103-A, § 3º, da CF).

Em se tratando de omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º da Lei 11.417/06), ou seja, neste caso, a lei estabeleceu o contencioso administrativo obrigatório mitigado (prévio esgotamento administrativo).

O artigo 64-B da Lei 9.784/99, com nova redação dada pela Lei 11.417/06, preceitua que:

Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

O artigo 10 da mencionada Lei determina a aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante.

A corrente doutrinária que defende a instituição da súmula vinculante, basicamente, aponta como seus principais argumentos a efetividade de algumas garantias constitucionais, como o acesso à justiça, a celeridade processual, segurança jurídica e igualdade de tratamento, com fundamento na necessidade de que a lei deve ter interpretação e aplicação uniforme, de modo a conferir à sociedade: unidade, coerência e previsibilidade das decisões judiciais. Além disso, destacam duração razoável do processo, maior legitimidade do poder judiciário, uniformidade de interpretação e aplicação do direito, previsibilidade, orientação da Administração Pública, igualdade de tratamento jurídico, desestímulo à litigância e favorecimento de acordos, responsabilidade do juiz ao decidir casos novos.

A corrente contrária à instituição da súmula com efeito vinculante argumenta que existiria uma atribuição de função de natureza legislativa ao Judiciário, contrariando, desse modo, o princípio da separação dos Poderes e a liberdade de decidir dos juízes, com supressão do duplo grau de jurisdição, que são cláusulas pétreas da Constituição Federal. A corrente contrária à adoção da súmula vinculante afirma que essa espécie de súmula restringe a evolução jurisprudencial do país, gerando a estagnação do Direito e, fazendo do ordenamento brasileiro um sistema jurídico fechado.

Por fim, ao longo de 15 anos foram editadas 56 súmulas vinculantes, sendo a primeira publicada em 06.06.07 e a última em 08.08.16.

2.3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) equivale ao recurso repetitivo apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. O IRDR adaptou o *Musterverfahren*¹⁶² alemão à técnica de julgamento de recursos repetitivos representativos de controvérsia.

A instauração do IRDR produz uma cisão cognitiva e decisória, ter-se-ia o processo originário, recurso ou remessa necessária de um lado, e, do outro, o procedimento incidental para definição da tese jurídica. Desta maneira, a desistência do processo pela parte não

¹⁶² BAETGE, Dietmar. **Germany, Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation**. v. 15, 2014. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2020.

impede o julgamento do incidente para a definição da tese a ser adotada (artigo 976, §§ 1º e 2º, do CPC). Neste caso, a titularidade do caso seria assumida pelo Ministério Público, que a depender da corrente adotada, atuaria na defesa da ordem jurídica ou como verdadeiro representante dos litigantes ausentes.

Sofia Temer¹⁶³ afirma que:

Não há, no IRDR, julgamento da causa, mas sim uma cisão decisória, que faz com que o tribunal aprecie, no incidente, apenas a controvérsia de direito (num misto de abstração e concretude), sem julgar nenhum conflito subjetivo. O tribunal, como órgão superior, responsável (também) por uniformizar a aplicação do direito, exerce sua função de fixar um entendimento sobre a mesma questão de direito que se repete em diversos processos.

Em sentido contrário, Amanda de Araújo Guimarães¹⁶⁴ afirma que a análise da questão predominantemente de direito deverá “estar atrelada à litigância repetitiva identificada, até porque a função jurisdicional não é propriamente a de formular teses, demonstrando-se questionável a atribuição de caráter normativo ao mecanismo”.

Antônio do Passo Cabral¹⁶⁵, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶⁶ entendem que os critérios de seleção do caso paradigma é de suma importância, pois se trata de um julgamento por amostragem. Diferentemente, Sofia Temer¹⁶⁷ defende que os elementos do caso originário não seriam essenciais para a fixação da tese, tendo em vista ser o incidente uma técnica processual essencialmente objetiva, própria de uma atividade jurisdicional atípica, cujo intuito não seria resolver diretamente lides ou conflitos sociológicos, mas sim questões jurídicas em comum. Deste modo, os casos selecionados serviriam apenas de substrato para o incidente.

Em outros termos, o incidente se realizará a partir de fatos pressupostos, generalizados, projetados ou fatos-tipo, os quais deverão ser descritos pelo órgão julgador tendo em conta os elementos homogêneos e relevantes extraídos dos casos concretos nos quais a controvérsia se repete. Em resumo, o IRDR é uma técnica processual essencialmente objetiva voltada à resolução de questões predominantemente de direito que se repetem por

¹⁶³ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 111.

¹⁶⁴ GUIMARÃES, Amanda de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito USP: 2017, p. 154.

¹⁶⁵ CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *In: Julgamento de casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10. Salvador: JusPodium, 2017, p. 41-42.

¹⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 615-616.

¹⁶⁷ TEMER, Sofia, op. cit. p. 80.

meio da formação de precedentes, portanto, ocorre uma dessubjetivação do referido instituto e sua desvinculação dos elementos e das partes do caso originário.

No IRDR, tendo por premissa que se trata de mecanismo de julgamento por amostragem, as partes possuem legitimidade para requerer a instauração do incidente e são ouvidas na etapa de preparação para o julgamento.

Todavia, pressupondo-se que o IRDR é uma técnica de conformidade racional essencialmente objetiva, a iniciativa da instauração do incidente não definirá quem serão os protagonistas do debate que culminará na fixação da tese jurídica, estes serão escolhidos. Assim, existiria um controle de representatividade. Segundo Sofia Temer¹⁶⁸, tratar-se-ia de uma representatividade argumentativa¹⁶⁹, na qual os protagonistas dos debates seriam os sujeitos líderes/condutores, capazes de apresentar adequadamente todos os argumentos pertinentes e os fatos jurídicos essenciais à solução da questão de direito, bem como teria uma repercussão mais contundente para os ausentes ou sobrestados. A autora prossegue afirmando que a legitimação dos sujeitos líderes decorre da própria legitimação para o ato da instauração (art. 977) e não da legitimidade ordinária daqueles que são partes na relação jurídica de direito material.

O artigo 977, do Código de Processo Civil prevê os legitimados para instauração do incidente, quais sejam: o juiz ou relator, de ofício, cujo interesse repousa na otimização da administração da justiça; as próprias partes, por requerimento, com interesse jurídico próprio na definição de uma tese jurídica que lhes seja favorável; e o Ministério Público ou pela Defensoria Pública, no exercício de suas atribuições constitucionais.

Sejam as partes do caso paradigma ou o sujeito condutor designado, podemos concluir que eles exercem um importante papel, vez que representam os interesses dos litigantes excluídos ou dos ausentes que serão afetados pela tese jurídica.

A esse respeito, são irretocáveis as razões lançadas, de forma objetiva e clara, pelo Ministro Herman Benjamin¹⁷⁰ e que, por essa razão, reproduz-se trecho de seu voto-vista vencido:

1. Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores

¹⁶⁸ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 136, 168 e 170.

¹⁶⁹ As posições subjetivas destes sujeitos teriam pouca ou nenhuma influência para dirimir a questão jurídica. Assim, constata-se que não se trata da representatividade adequada, na qual, é relevante perquirir a vontade do grupo de interessados ou a existência de conflitos dentro do grupo de ausentes.

¹⁷⁰ STJ, Resp n. 911802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24/10/2007, DJE 01/09/2008.

A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois freqüentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas.

Aquí, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal "afetação", na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda.

Os pontos complexos que este processo envolve - e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto - não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores).

Diffícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.

É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada erga omnes, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em conseqüência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.

Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.

Finalmente, elegeram-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom,

arrecada, anualmente, cerca de três bilhões e meio de reais com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007).

Curvo-me à decisão técnica dos meus ilustres Pares, posição essa que também é político-pragmática. O bom juiz tem sempre um tanto de *pragmaticus legum*, posição totalmente compreensível em um cenário de enxurrada de Recursos Especiais relativos à assinatura básica (fala-se em dezenas de milhares de ações em todo o País), o que por certo estimulou os e. Ministros a não esperarem por precedentes nas duas Turmas. Não obstante esse reconhecimento que faço das razões nobres que levaram meus Pares a encurtar um debate judicial que deveria ser o mais rico, amplo e profundo possível, não tenho como esconder que me sinto inescapavelmente prisioneiro do feixe de objetivos e princípios sociais dos dois microsistemas normativos (consumidor e telecomunicações) em questão (*philosophus legum!*), o que me força a homenageá-los, mesmo que sob o risco de ser arrastado a um poço inesgotável de Recursos Especiais.

Como minoria que sou neste julgamento, mantenho a esperança de que, no futuro, a hoje Maioria - ou, quem sabe, uma outra Maioria - aperfeiçoe sua forma de pensar. E se assim não for, que o legislador, observador atento das perplexidades da prática judicial, possa fazer as alterações legislativas pertinentes a uma adequada, eficaz e justa proteção dos sujeitos vulneráveis: *in casu*, os consumidores de telefonia fixa.

Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).

O relator do IRDR ouvirá “as partes e demais interessados”, nos termos do artigo 983 do Código de Processo Civil. As partes seriam aqueles que figuram no caso-piloto. Por sua vez, os interessados seriam aqueles atingidos pela tese jurídica, ou seja, os sobrestados e os ausentes (litigantes-sombra). Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Junior¹⁷¹ sustentam que os interessados teriam interesse jurídico propriamente dito, bastando demonstrar a utilidade e a efetiva contribuição na discussão da formação da tese jurídica, ocasião em que atuariam como assistentes simples.

Em sentido contrário, Sofia Temer¹⁷² defende que a assistência não seria adequada para representar a intervenção dos sobrestados, considerando a inexistência de vínculo material entre os sujeitos. Na espécie, alega que se trata de uma via interventiva não tipificada, fundada “pelo vínculo do sujeito e sua esfera de direitos com o objeto do incidente, porque se trata de solução de uma questão de direito que (também) lhe diz respeito”.

¹⁷¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 607-609.

¹⁷² TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 177.

Maria Cecília de Araujo Asperti¹⁷³ sustenta que, o mais importante para o interessado “é ter clareza acerca de seu direito de participação efetiva nas diversas etapas do julgamento do IRDR”, bem como que:

[...] deverá ser assegurado aos interessados o direito de ser intimado (caso possua um processo em andamento) ou cientificado (mediante ampla divulgação da instauração do IRDR) do julgamento da tese jurídica e de intervir em todas as etapas do procedimento, desde a sua instauração até o julgamento, inclusive com a legitimidade para recorrer da decisão proferida ao final.

Igualmente, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁷⁴ afirma que a intimação e a oportunidade de intervenção no julgamento do incidente são direitos subjacentes daqueles que ficarão vinculados pela tese jurídica, bem como que a falta de notificação pode conduzir à ineficácia do efetivo vinculativo da tese jurídica com relação à parte não comunicada. Deste modo, o direito de participação direta é elemento fundamental para a legitimação do referido instituto e para a tese jurídica aplicada posteriormente.

Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁵ pontua que a convocação de todas as partes dos processos individuais a participarem do julgamento do IRDR poderia efetivamente inviabilizar o processo, a sessão ou até mesmo a eventual audiência pública. Assim, a solução seria a intimação dos legitimados para tutela coletiva, para que representem os interesses desses interessados nessa qualidade.

O relator é obrigado a intimar o Ministério Público para, querendo se manifestar no IRDR, nos termos do art. 982, II, do Código de Processo Civil. Por outro lado, o relator não é obrigado a intimar a defensoria pública, ressalvados os incidentes que esta requereu à instauração, nos demais casos a defensoria pública toma conhecimento de sua existência por meio da divulgação geral (art. 979, do CPC).

A função da Defensoria Pública e do Ministério Público é tentar mitigar o desequilíbrio de recursos e de atributos estratégicos que caracteriza a litigiosidade repetitiva, angariando informações e manifestações, articulando formas de ampliação da participação direta dos interessados e pugnando pela consideração de todos os elementos jurídicos e fáticos pertinentes à definição da tese.

¹⁷³ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas**: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 209.

¹⁷⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 128-129.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-49.

O *Amicus Curiae*, também conhecido como “terceiro enigmático”, é considerado um sujeito processual que auxilia o juízo, proporcionando maior pluralidade e diversidade de argumentos e ampliando o exercício do contraditório. Segundo Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁶, para se dar voz àqueles que não podem (ou não puderam) ser ouvidos no plano do direito processual, em favor de um “aprimoramento e aprofundamento da qualidade da cognição jurisdicional”. Outrossim, mencionado autor alega que ao *amicus curiae* é assegurado o exercício amplo de poderes verdadeiramente instrumentais ou poderes meio.

O juízo de admissibilidade do *amicus curiae* é estabelecido no artigo 138, do Código de Processo Civil e leva em consideração: a especificidade do tema objeto da demanda, a relevância da matéria, a representatividade adequada, a especialidade da atuação do órgão e entidade e a repercussão social da controvérsia.

Outro ponto que merece destaque é saber se para instauração do incidente é necessária a existência de um caso já em tramitação no tribunal. Fredie Didier Junior¹⁷⁷ e Leonardo Carneiro da Cunha sustentam a necessidade de uma causa pendente no tribunal, visto que o IRDR é um incidente. Diferentemente, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁷⁸ sustenta que a instauração do incidente independe da tramitação de um recurso sobre a matéria, de modo que a apreciação do caso concreto seja realizada pelo juiz natural, seja ele em primeiro ou em segundo grau.

Ao julgar um caso fixa-se uma tese jurídica que deverá ser observada e aplicada a todos os demais processos idênticos, por isso o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual. É oportuno salientar que o IRDR não será cabível caso a questão de direito já estiver sendo discutida em julgamento de recurso repetitivo, bem como que o abandono ou desistência dos processos não impedirá o julgamento do mérito do IRDR, considerando que seu objetivo é a fixação de uma tese jurídica.

O objeto do IRDR é a questão jurídica comum que se repete em vários processos, não havendo a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação as causas de pedir e pedidos considerados repetitivos ou que guardem alguma similitude entre si, de acordo com Sofia Temer¹⁷⁹.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 467.

¹⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 593-594.

¹⁷⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 105-106.

¹⁷⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 63.

Diversamente, Amanda de Araújo Guimarães¹⁸⁰ assevera que o objeto do incidente deve ser compreendido levando-se em conta sua denominação (notadamente a expressão “demanda repetitivas”), propósitos e requisitos, e conclui ser esta uma “técnica decisória que visa ao julgamento de questões predominantemente de direito que possam surgir no contexto de litigiosidade repetitiva”.

Os incisos I e II do artigo 976 estabelecem 3 pressupostos que devem ser analisados no IRDR, quais sejam: a efetiva repetição de processos; identidade da questão unicamente de direito que se repete; e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Na admissibilidade, além do exame técnico sobre a existência da questão unicamente de direito repetitiva, o tribunal realiza juízo político consistente em avaliar a conveniência de se adotar a decisão paradigmática, através da ponderação entre o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica decorrentes da existência de decisões conflitantes em casos idênticos e o risco de paralização prematura de processos, sem que a questão de direito tenha sido suficientemente maturada para receber uniformização definitiva e vinculante.

A decisão proferida acerca da admissibilidade do IRDR não é passível de recurso, vez que sua instauração não é direito subjetivo das partes processuais, mas sim instrumento de interesse público.

O sobrestamento dos processos está previsto no artigo 982, I, do Código de Processo Civil, cabendo ao relator sua imposição, o que denota uma limitação no exercício do direito de ação da parte autora. A parte pode arguir o não sobrestamento e vinculação do seu processo ao julgamento repetitivo, por meio da técnica do *distinguishing*. Outrossim, a parte pode requerer medidas de urgência. Transcorrido um ano do sobrestamento, este poderá ser prorrogado a critério do relator, mediante prolação de decisão fundamentada.

É oportuno salientar que o sobrestamento deve ser interpretado como uma medida excepcional, cuja pertinência e extensão deverão ser avaliados no caso concreto pelo relator quando do juízo de admissibilidade do IRDR.

O artigo 983, § 1, do Código de Processo Civil prevê expressamente a realização de audiências públicas convocadas pelo relator ou Presidente para ouvir o depoimento pessoal de especialistas (pessoas com experiência e autoridade) em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante debatidas no âmbito do Tribunal. A crítica que se tece acerca das audiências públicas é quanto ao efetivo acompanhamento das falas pelos outros

¹⁸⁰ GUIMARÃES, Amanda de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito USP: 2017, p. 150-154.

membros do Tribunal, o que as tornariam um mero instrumento de legitimação formal das decisões e um elemento de legitimação da técnica de julgamento de casos repetitivos.

Quanto a recorribilidade da decisão proferida no IRDR, o artigo 996 do Código de Processo Civil confere legitimidade recursal aos terceiros prejudicados. O conceito de terceiro prejudicado, para fins de legitimação recursal, pode ser considerado ainda mais amplo que o de terceiro juridicamente interessado, na medida em que alude àqueles que poderão ser juridicamente prejudicados pelos efeitos da sentença, decisão ou acórdão, ainda que indiretamente, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco¹⁸¹.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁸² atribui a legitimidade recursal ao Ministério Público e à Defensoria Pública (na existência de interessados hipossuficientes), aos *amici curiae*, às partes dos processos paradigmas, e aos demais interessados, quais sejam, as partes dos processos “que estejam dependendo da resolução da questão controversa a ser decidida no IRDR” e “todos os titulares de direito, deveres ou obrigações que possam depender da resolução de questão posta a ser elucidada no incidente”.

A revisão da tese jurídica (*overruling*) poderá ocorrer de ofício e incidentalmente ou mediante provocação da Defensoria Pública ou do Ministério público, conforme disposto no artigo 986, do Código de Processo Civil. Luiz Guilherme Marinoni¹⁸³ e Maria Cecília de Araujo Asperti¹⁸⁴ também atribui aos ausentes o poder de incitar a revisão do entendimento formulado.

Em suma, na existência de processos repetitivos, sobre uma mesma matéria de direito, em um determinado Estado ou Região, o aludido incidente será suscitado perante o Presidente do Tribunal local. Caso admitido, todos os processos com a mesma matéria, no Estado ou Região, serão suspensos pelo prazo máximo de 01 (um) ano, período em que o Tribunal irá julgá-lo. Julgado o incidente, a tese jurídica fixada será aplicada em todos os processos, presentes e futuros. Este incidente processual tem previsão no artigo 976, do Código de Processo Civil.

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2016, foram instaurados 396 incidentes de resolução de demandas repetitivas nos tribunais de todo o País. A grande

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 457-458.

¹⁸² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 232.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 117.

¹⁸⁴ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas**: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 238.

maioria dos incidentes tramita na Justiça Estadual, são 303. A Justiça do Trabalho, por sua vez, tem 60 instaurados. Por último, tem-se a Justiça Federal, com 32. O Superior Tribunal Militar tem 1 incidente instalado. O referido incidente também sobrestou 299.023 processos¹⁸⁵.

Além disso, da análise do Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios de 2018 do Conselho Nacional de Justiça¹⁸⁶, constata-se que os assuntos mais recorrentes em temas de incidente de resolução de demanda repetitiva são servidor público civil, obrigações e jurisdição e competência.

2.4 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

A Lei n. 10352/2001 ao incluir o § 1º no artigo 555 do Código de Processo Civil de 1973¹⁸⁷ criou um incidente que objetivava pacificar os entendimentos dos Tribunais, em especial, os de segundo grau. É oportuno ressaltar que, a inspiração do instituto remonta ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que previa em seu artigo 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, a possibilidade do deslocamento de competência das turmas ao plenário.

Curioso mencionar que, o referido instituto recebeu diversas denominações pela doutrina, tendo em vista que o referido Código não lhe atribuiu nomenclatura, dentre as quais destacam-se: afetação do julgamento, prevenção e composição de divergência, uniformização de jurisprudência preventiva, o instituto do art. 555, § 1º, incidente de deslocamento para julgamento de recurso e incidente de assunção de competência.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 reeditou o referido instituto no artigo 947¹⁸⁸, ampliando-o e atribuindo-lhe o nome de incidente de assunção de competência.

¹⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true>, acesso em: 02/03/2020.

¹⁸⁶ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹⁸⁷ “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

¹⁸⁸ “Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Eduardo Madruga, Rinaldo Mouzalas e João Otávio Terceiro Neto¹⁸⁹ conceituam o incidente de assunção de competência como:

Instrumento de uniformização de jurisprudência que busca prevenir a divergência jurisprudencial interna (de qualquer tribunal), mediante transferência da competência, a um órgão de maior composição, com a finalidade de julgar o recurso, a remessa necessária ou a ação originária no tribunal, cujas respectivas decisões terão efeito vinculante.

Vinicius Silva Lemos¹⁹⁰ afirma que:

O IAC é um meio processual incidental de formação de precedente vinculante, com o intuito de compor ou prevenir divergência quando houver uma relevante questão de direito, remessa necessária ou ação de competência originária.

O incidente de assunção de competência – IAC não visa aplacar um estoque de demanda, mas sim discutir grandes questões jurídicas que não estão incididas em demandas repetitivas. Todavia, para suscitar o instituto em comento alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: relevante questão de direito; grande repercussão social; ausência de multiplicidade; interesse público; e prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal. Oportuno observar que dentre estes requisitos existem vários conceitos indeterminados para serem preenchidos no caso concreto.

O incidente de assunção de competência só será suscitado quando a questão for de direito, vez que o legislador optou por tratar de questões em que se firmarão teses jurídicas. Deste modo, o mencionado instituto utiliza da base fática já posta para discutir as consequências ali existentes e dali extrair a questão jurídica. Outrossim, a questão de direito deve ser relevante, ou seja, é aquela diferenciada, distinta das questões corriqueiras e ordinárias que podem incidir dúvida jurídica no momento da decisão.

Sobre o assunto, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁹¹ sustentam que:

O termo é indeterminado, concretizando-se a partir dos elementos do caso, mas é possível utilizar como parâmetro ou diretriz o disposto no art. 1.035, § 10, do CPC, que trata da repercussão geral, devendo-se considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

¹⁸⁹ MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 929.

¹⁹⁰ LEMOS, Vinicius Silva. **O incidente de assunção de competência: da conceituação à procedimentabilidade**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 67.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.3, p. 665.

No que se refere a grande repercussão social, o assunto objeto do incidente de assunção de competência deve impactar a sociedade de forma intensa, preconizar uma transcendência. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁹² sustentam que:

[...] não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região. É preciso que a resolução afete diretamente, e com relevante impacto, tais aspectos da vida social para que possa ser considerada de “grande repercussão social.

O Código de Processo Civil não limita o objeto passível de arguição do incidente de assunção de competência, portanto, é possível arguir tanto a questão material como processual, basta que seja uma questão de direito, com grande repercussão social. Deste modo, de acordo com Vinicius Silva Lemos¹⁹³:

O IAC pode versar tanto sobre o mérito dos processos base, no tocante ao direito material, bem como nas discussões de ritos, procedimentos, detalhes processuais que podem interferir no julgamento e servir de base para uma possível divergência.

Outro requisito é a ausência de multiplicidade de processos ou de recursos, pois sua existência possibilita outros meios de uniformização, tais como, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR nos Tribunais de segundo grau ou os recursos repetitivos nos Tribunais Superiores.

Insta salientar que, Vinicius Silva Lemos¹⁹⁴ observa que:

[...] o que realmente não deve ter multiplicidade é a questão de direito relevante, podendo, portanto, ocorrer um IAC em uma demanda em que existe multiplicidade de outras demandas idênticas, contudo aquela questão de direito é inerente somente aquela demanda, sem conjugar-se com a questão repetitiva.

Desta forma, a ausência da multiplicidade diz respeito à questão de direito e não à demanda. Neste sentido, o texto legal é expresso ao mencionar que o julgamento deve envolver “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

O interesse público também é um dos requisitos do instituto em análise. Philip Gil França¹⁹⁵ compreende o interesse público:

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil**: artigos 926 a 975. São Paulo: RT, 2016, p. 249.

¹⁹³ LEMOS, Vinicius Silva. **O incidente de assunção de competência: da conceituação à procedimentabilidade**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 83.

¹⁹⁴ Ibid., p. 74.

[...] como produto das forças de uma dada sociedade (jurídicas, políticas, econômicas, religiosas, dentre outras) concretizadas em certo momento e espaço que exprime o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas dessa mesma sociedade.

Insta destacar que, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁶ consideram o interesse público e a grande repercussão social um único requisito, nos seguintes termos:

Além de o art. 947 ter aludido “interesse público” ao tratar de uma fase específica, das duas locuções insertas no artigo – “grande repercussão social” e “interesse público” – pode-se retirar previsões absolutamente similares, de modo que não se pretendeu criar dois requisitos diferentes para a admissão da assunção de competência.

O requisito derradeiro faz referência a percepção do suscitante acerca da, eventual ou real, divergência de teses jurídicas no julgamento da questão de direito entre turmas ou câmaras do Tribunal. Em outras palavras, não há a necessidade de divergência para a instauração do incidente de assunção de competência, mas a mera possibilidade dessa, vez que o referido instituto objetiva a uniformização e a estabilidade da matéria suscitada, até para impossibilitar uma futura multiplicidade de processos ou instabilidade jurídica.

Em relação a aplicação, a instauração e a legitimidade do incidente de assunção de competência, é interessante realizar comparativo com o instituto previsto no Código de Processo Civil de 1972, vez que perceptível a ampliação e a valorização destes aspectos.

Da simples leitura do artigo 555, caput e § 1º, do diploma legal de 1973 constata-se que o instituto em comento era limitado apenas aos recursos de apelação e agravo no âmbito dos Tribunais de segundo grau, bem como a legitimidade para requerer a instauração do incidente pertencia tão somente ao relator.

Diferentemente, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou a aplicação do instituto a remessas necessárias, as ações de competência originária e a qualquer recurso, não se limitando ao agravo e apelação, em qualquer Tribunal, ou seja, também possibilitou a instauração do instituto perante os Tribunais Superiores. Torna-se oportuno registrar que o incidente de assunção de competência é o único instituto inserto ao microsistema de formação de precedentes vinculantes cabível em todos os Tribunais, vez que a repercussão geral só cabe no Supremo Tribunal Federal; os recursos excepcionais repetitivos nos

¹⁹⁵ FRANÇA, Philip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, Controle Judicial e Consequencialismo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975**. São Paulo: RT, 2016, p. 253.

Tribunais Superiores; e o incidente de resolução de demandas repetitivas somente cabe, em regra, em Tribunais de segundo grau.

Insta destacar que, existe um limite objetivo para a propositura do incidente de assunção de competência, qual seja, quando a discussão de matéria idêntica já estiver afetada em Tribunal Superior num rito de julgamento de amostragem¹⁹⁷ ou já existir um precedente vinculante sobre a matéria em Tribunal Superior. O impedimento em comento se justifica por sua própria desnecessidade processual, considerando que o instituto do grau superior resolverá a questão e vinculará o sistema como um todo.

Em relação a legitimidade, o Código de Processo Civil atual confere legitimidade para requerer a instauração do incidente de assunção de competência às partes, o Ministério Público, Defensoria Pública e o relator, diferentemente do antigo que só conferia legitimidade ao relator do feito.

Outro ponto importante a destacar, é a situação na qual o recorrente desiste do recurso ou do processo representativo da controvérsia, escolhido para o incidente de assunção de competência, tendo em vista a inexistência de previsão legal para este caso. Não há discussão que a desistência recursal é direito do recorrente, independentemente de anuência do recorrido ou do juízo. No entanto, a questão afetada deve ser julgada pelo colegiado para formar o precedente judicial, ainda que o recurso ou a ação que serviu de base para instauração do incidente não subsista, pois existe uma transcendência maior do que o próprio interesse pessoal, considerando que o instituto almeja a pacificação de entendimento, com o intuito de balizar a aplicabilidade do direito na região ou no Brasil.

O mencionado entendimento é extraído por analogia do disposto no parágrafo único do artigo 998 do Código de Processo Civil, que dispõe que “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

Vinicius Silva Lemos¹⁹⁸ afirma que:

[...] é totalmente cabível a desistência do recurso que ensejou o incidente, sem causar um prejuízo ao julgamento para formação do precedente, utilizando os mesmos moldes do incidente de resolução de demanda repetitiva, bem como, mais distante, o rito repetitivo e a repercussão geral.

¹⁹⁷ A expressão “julgamento por amostragem” foi utilizada de modo pioneiro por José Carlos Barbosa Moreira ao se referir à técnica de julgamento introduzida pela Lei n. 11.418/2006, nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973. (Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. Revista Dialética de Direito Processual. V. 27, 2005, n. 4, p. 49-58).

¹⁹⁸ LEMOS, Vinicius Silva. A desistência no microsistema de formação de precedentes. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 13, n. 97, set/out/2015, p. 622.

Sobre o tema, a Jornada de Direito Processual Civil formulou o Enunciado n. 65 no qual restou consignado que “a desistência do recurso pela parte não impede a análise da questão objeto do incidente de assunção de competência”.

Outra regra que também deve ser considerada para o incidente de assunção de competência é a prevista no artigo 1040, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil¹⁹⁹, ou seja, o autor de uma ação em primeiro grau, ao ser cientificado da existência de um repetitivo que lhe afeta, com a decisão em sentido contrário ao que pleiteava, pode desistir do feito, desde que antes da prolação da sentença.

O Código de Processo Civil apresenta lacuna procedimental acerca do incidente de assunção de competência, vez que deixou de disciplinar seu trâmite. Assim, a regulamentação do processamento do instituto ficou a cargo do regimento interno dos Tribunais, de legislação estadual ou de nova legislação federal.

O § 3º do artigo 947 do CPC trata da vinculação do precedente extraído do incidente de assunção de competência para os juízes de primeiro grau e os órgãos fracionários do Tribunal, nos termos seguintes: “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”. Deste modo, constata-se que o precedente judicial firmado realiza tanto uma vinculação horizontal quanto vertical para o julgamento de casos futuros análogos. Em outras palavras, o cumprimento do precedente deve ser observado pelos órgãos julgadores dentro da jurisdição do Tribunal, bem como pelos juízes de primeiro grau.

¹⁹⁹ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação”.

Lucas Buril²⁰⁰ alerta que:

O CPC/2015 atribui a obrigatoriedade aos acórdãos nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, o que é um erro. O acórdão, não sentido de decisão, não é o que obriga, mas sim o precedente. O acórdão refere-se somente às partes do caso julgado; o precedente é que trata de uma questão jurídica que pode ser versada noutros processos. É fundamental que se interprete o dispositivo no sentido de que são os precedentes formados a partir dos acórdãos do IRDR e do IAC que vinculam.

Outro aspecto que merece menção é o momento da vinculação, que a depender da interpretação dada a norma, poderiam existir duas correntes. A primeira corrente sustenta que a vinculação deve ser realizada após o julgamento da demanda, ou seja, após o julgamento de eventuais embargos de declaração opostos. A segunda, defende a vinculação com a estabilização da decisão, ou seja, o trânsito em julgado do feito.

Outrossim, a vinculação não significa abreviação do julgamento, é necessário o prosseguimento normal da ação, com todas as fases processuais até a prolação da sentença.

Por último, a finalidade do instituto é a criação de precedentes judiciais vinculantes, com o objetivo de uniformizar entendimentos e proporcionar uma maior estabilidade, coerência e integridade ao sistema jurídico, com uma consequente segurança e confiança jurídica. Todavia, a existência de um precedente não significa o engessamento do direito, pois existindo mudança de qualquer aspecto material na conjuntura fático-jurídica, há plausibilidade de pleitear-se uma revisão da tese jurídica fixada – o dito *overruling*.

Segundo Bruno Garcia Redondo²⁰¹, *overruling* é a:

[...] técnica pela qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*), revogando expressamente por outro precedente. O *overruling*, em regra, deve ser praticado pelo mesmo tribunal, pois aquele que fixou o precedente é que deve ter o poder de abandoná-lo.

Por outro lado, a não aplicação do precedente formado pelo incidente de assunção de competência pode ser questionada de 3 formas: a proposição de reclamação perante o Tribunal que estabeleceu o precedente, quando o juízo inferior não aplicar ou aplicar de forma indevida o precedente firmado; a oposição de embargos de declaração para atacar decisão omissa sobre precedente de incidente de assunção de competência; e o agravo interno sobre a

²⁰⁰ BURIL, Lucas. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338 e 339.

²⁰¹ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**: volume 2. São Paulo: RT, vol. 2, 2014, p. 180.

decisão monocrática omissa sobre o precedente de incidente de assunção de competência ou baseada equivocadamente em precedente do referido instituto.

Considerando a relevância da decisão tomada no julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC), consoante o disposto no art. 947, III, do Código de Processo Civil, e a fim de dar-lhe a publicidade devida, o art. 271-G, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça determina a disponibilização dos Incidentes de Assunção de Competências de competência do Superior Tribunal de Justiça, em destaque, na sua página na internet.

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2016, foram instaurados 108 incidentes de assunção de competência nos tribunais de todo o País. A grande maioria dos incidentes tramita na Justiça Estadual, são 366. A Justiça do Trabalho, por sua vez, tem 89 incidentes de assunção de competência instaurados. Por último, tem-se a Justiça Federal, com somente 40. O Superior Tribunal de Justiça tem 6 incidentes de assunção de competência. Ademais, o mencionado instituto sobrestou 1.196 processos²⁰².

Além disso, da análise do Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios de 2018 do Conselho Nacional de Justiça²⁰³, constata-se que os assuntos mais recorrentes em temas de incidente de assunção de competência são servidor público civil, recursos, jurisdição e competência e partes e procuradores.

2.5 RECURSOS EXCEPCIONAIS REPETITIVOS

A primeira previsão do ordenamento jurídico brasileiro acerca da litigância repetitiva estava inserida no § 6º do artigo 14 da Lei n. 10.259/2001. A mencionada norma regravava o pedido de uniformização de interpretação de lei federal referente às decisões dos juizados especiais federais, segundo o qual: “eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do STJ”.

²⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true>, acesso em: 02/03/2020.

²⁰³ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Em 2006, a Lei n. 11.277 introduziu o artigo 285-A²⁰⁴ no Código de Processo Civil que criou uma regra de racionalização de julgamentos repetitivos que objetivava a conjugação da valorização da função paradigmática dos tribunais de cúpula com o respeito ao princípio da igualdade. No entanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3695, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustentava que este artigo originou uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau e, em decorrência, arguiu a ofensa ao direito de ação, à isonomia, à segurança jurídica, ao contraditório e ao devido processo legal. Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Direito Processual defendia a constitucionalidade da regra ao argumentar que:

O que a nova regra está a autorizar, diferentemente, é que em casos idênticos, em processos repetitivos, é dado ao magistrado, observar anteriores decisões suas, julgadas desde logo improcedente o pedido do autor, diferindo a necessidade de citação do réu para a hipótese de interposição de recurso desta sua sentença e, mesmo assim, desde que ela supere o juízo de retratação expressamente admitido pelo § 1º do mesmo dispositivo.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça²⁰⁵ acrescentou mais um requisito para aplicação do artigo 285-A do referido Código, qual seja, a dupla conformidade, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA. ART. 285-A DO CPC. NECESSIDADE DE CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL LOCAL E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.
 1. Sentença de improcedência proferida com fulcro no art. 285-A do CPC que, embora esteja em consonância com a jurisprudência do STJ, diverge do entendimento do Tribunal de origem.
 2. O art. 285-A do CPC constitui importante técnica de aceleração do processo.
 3. É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme).
 4. Negado provimento ao recurso especial.

Bruno Dantas²⁰⁶ ao abordar o assunto afirma que:

A dificuldade maior na aplicação desse dispositivo reside em três aspectos: (i) saber se a matéria discutida é unicamente de direito; (ii) definir a aplicabilidade em casos de identidade parcial, como só ocorrer quando há cumulação de causas de pedir ou

²⁰⁴ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

²⁰⁵ STJ, REsp 1225227/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 12/06/2013.

²⁰⁶ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**. Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Ed. RT, 2014, p.66.

pedidos; e (iii) definir a aplicabilidade quanto há pedido fundado na mesma tese jurídica, mas formulado com inversão dos polos da ação.

Importante destacar que, a discussão sobre a aplicação do art. 285-A restou superada, vez que referida norma não foi mantida no Código de Processo Civil de 2015, em seu lugar sobreveio o artigo 322 que dispõe que:

Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O § 1º do referido artigo prevê outra hipótese de julgamento liminarmente improcedente do pedido, qual seja, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

As Leis 11.418/2006 e 11.672/2008 introduziram no Código de Processo Civil normas relacionais à técnica de julgamento de casos representativos da controvérsia constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa técnica visa não só a racionalização do processamento de recursos repetitivos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, mas também a homogeneização das “decisões, proporcionando, para situações iguais, igual solução. Em outras palavras, visa-se assegurar a prestação jurisdicional homogênea para processos em que se discute idêntica questão de direito”, conforme analisa Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros e Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰⁷.

As mencionadas leis introduziram no âmbito do STF e STJ um fator relevante para a promoção de uma técnica de julgamento em casos repetitivos, qual seja, a característica da identidade da questão de direito federal. Segundo Bruno Dantas²⁰⁸, questão de direito “é o fundamento da ação ou da contestação sobre o qual se instalou uma controvérsia, e que tem em sua essência a análise de um princípio ou de uma regra jurídica”.

²⁰⁷ MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim. **Recursos repetitivos:** realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. Revista de Processo. n. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011, p. 191.

²⁰⁸ DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos:** Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 78.

Danilo Knijnik²⁰⁹ sintetiza a distinção das questões de fato e de direito ao afirmar que questões de fato reclamam por provas, ao passo que questões de direito reclamam por argumento.

José Afonso da Silva²¹⁰ salienta que só por abstração se pode separar fato e direito. No mesmo sentido Teresa Arruda Alvim Wambier²¹¹ concorda que o fenômeno jurídico pressupõe a relação fato-direito, todavia, destaca que a questão “pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico”. Em outras palavras, para o critério de aferição é mais adequado falar-se em questão predominantemente de direito e questões predominantemente de fato.

Torna-se oportuno destacar que a técnica utilizada para o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos mediante a escolha de um recurso-piloto²¹² encontra semelhança com a técnica inglesa – *Test Claims na Group Litigation Order (GLO)*²¹³, e a técnica alemã – *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*.

Na técnica inglesa, qualquer parte em uma demanda individual que desejar que seu caso seja processado e decidido conjuntamente com outros que apresentem questões comuns de fato ou de direito, deve manifestar essa posição expressamente e se sujeitar aos efeitos da decisão. Além disso, a Corte de gerenciamento poderá escolher uma ou mais demandas individuais como ações-piloto (*test claims*).

Dentre as diferenças existentes entre *Group Litigation Order* e a afetação dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, destacam-se duas: no GLO os processos são cadastrados em um registro (*group register*), reunidos para processamento conjunto e gerenciados por um mesmo juízo (*management court*). Enquanto que nos recursos excepcionais repetitivos não há a reunião dos processos, sendo estes sobrestados. Ademais, no GLO a questão pode ser de fato ou de direito, por sua vez, nos recursos excepcionais repetitivos a questão é apenas de direito.

Igualmente, na técnica alemã há a escolha de uma ação-piloto dentre as ações individuais. As questões idênticas de fato e de direito da referida demanda tem seus efeitos projetados a todas as ações individuais que se encontrarem registradas na data do julgamento.

²⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167.

²¹⁰ Silva, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1963, p. 125.

²¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 154.

²¹² Antônio do Passo Cabral, Fredie Didier Junior, André Vasconcelos Roque e Leonardo Carneiro da Cunha também utilizam as expressões causa-piloto e processos-modelo.

²¹³ Sua definição está prevista na *Civil Procedure Rules Part 19, Section III, item 19.10*.

O recurso repetitivo é aquele que representa um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito. Essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica. Este dispositivo jurídico encontra previsão no artigo 1036, do Código de Processo Civil.

O recurso representativo da controvérsia (recurso-piloto) tem natureza jurídica de modalidade do direito de ação exercido perante o tribunal. A afetação ocorre unicamente por iniciativa do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem ou pelo relator do tribunal superior.

É oportuno salientar que não há previsão legal de elementos objetivos que possibilitem a escolha do recurso-piloto. O artigo 256, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

Os recursos especiais representativos da controvérsia serão selecionados pelo Tribunal de origem, que deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente: I - a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; II - a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; III - a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.

Todavia, estes critérios não são de observação obrigatória. Deste modo, a afetação deverá ser motivada apenas em razão da diversidade de argumentos, não existindo qualquer critério de representatividade das partes dos casos paradigmas e nem que as teses eventualmente confrontadas estejam adequadamente veiculadas na amostra a ser julgada.

A ausência de representatividade do recurso-piloto é um problema, vez que essa técnica de julgamento violaria o devido processo legal, por impossibilitar a participação de outros litigantes que não tivessem seu caso escolhido como piloto.

Marcelo Abelha Rodrigues²¹⁴ questiona a capacidade dos litigantes ocasionais de representar a coletividade adequadamente no julgamento do caso paradigma e aponta uma tendência de substituição de “técnicas coletivas de repercussão individual” por “técnicas individuais de repercussão coletiva”. Outrossim, argui que, no julgamento por amostragem a tese jurídica é aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre a

²¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos?. In. **Ação civil pública após 30 anos**. MILARÉ, Édís (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 555-567.

questão jurídica decidida, enquanto que na tutela coletiva a coisa julgada alcança tão somente os indivíduos para beneficiá-los, preservando desta forma o direito individual da ação. Por fim, conclui que os litigantes habituais levariam vantagem sobre os litigantes ocasionais com a utilização das técnicas de julgamento de casos repetitivos, pois poderiam concentrar seus esforços em um único julgamento para fazer prevalecer as teses que lhe são favoráveis.

Lapidar o apontamento realizado pelo Ministro Herman Benjamin²¹⁵ no julgamento do caso da cobrança de assinatura básica de telefonia, ao problematizar a capacidade da consumidora que acabou representando todos os assinantes/consumidores no caso individual que viria a consolidar o entendimento da corte sobre o tema, no sentido de que, enquanto ao consumidor é defeso postular coletivamente por falta de legitimidade ativa, aceita-se que uma demanda individual venha a cumprir “o papel da ação civil pública às avessas”, em um ambiente mais favorável “à prevalência dos interesses do sujeito hiper-poderoso”, com maiores chances de obter um posicionamento que lhe favoreça e que sirva para acabar com as milhares de demandas similares (individuais e coletivas) contra este manejadas.

Preocupado com a questão, o Conselho Nacional de Justiça determinou que todos os Tribunais criassem um Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer) para realizar a gestão do acervo sobrestado nos tribunais de origem, bem como para subsidiar a seleção do recurso representativo da controvérsia jurídica pelo órgão competente, a fim de que este efetivamente represente os demais recursos que permanecerão sobrestados.

Insta destacar que, o artigo 1038, I, do Código de Processo Civil estabelece que o relator do recurso repetitivo poderá solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Deste modo, garante a participação dos sobrestados, dos ausentes e da Defensória Pública. O Ministério Público tem participação assegurada expressamente no artigo 1.038, III, do Código de Processo Civil.

A representatividade²¹⁶ deve ser aferida sob uma perspectiva objetiva e em duas etapas. Na primeira, as questões de direito determinantes para a resolução da causa devem ser definidas com precisão. Na segunda etapa, ocorre a seleção do recurso-piloto que deve levar em consideração toda a variedade e quantidade de perspectivas argumentativas utilizadas nos feitos individuais.

²¹⁵ Voto-vista no Recurso Especial n. 911.802/RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007.

²¹⁶ A representatividade em comento não tem relação com a representatividade adequada, que é pesquisada a partir de uma perspectiva subjetiva do representante e na sua relação com o grupo representado.

O recurso-piloto para os tribunais de cúpula (STJ e STF) exerce uma função nomofilática dialética/tendencial²¹⁷ e uniformizadora. A primeira função pode ser constatada por meio do fracionamento do exame do interesse público e do interesse particular que o mencionado recurso veicula. Assim, o recurso representativo de controvérsia jurídica tem natureza de veículo processual hábil a deflagrar a tutela recursal pluri-individual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Tutela esta que tem natureza jurídica de atividade estatal que almeja dar resposta ao interesse público consistente na definição da questão de direito que está implícito nos múltiplos recursos extraordinários e especiais que repetem idêntica fundamentação jurídica. Por sua vez, também da resposta ao interesse privado na medida em que aplica o direito à espécie.

Em outras palavras, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça fracionam o julgamento do recurso-piloto em duas partes independentes, quais sejam: I) a definição em abstrato da questão de direito subjacente ao conflito, que se repete em uma multiplicidade de casos idênticos, com a emissão de comando normativo que projetará eficácia sobre todos os recursos sobrestados; e II) a aplicação do comando normativo ao caso concreto pelo próprio colegiado. Deste modo, a técnica de tutela recursal pluri-individual faz com que os tribunais de cúpula ao julgar o recurso representativo da controvérsia jurídica emitam um juízo tanto de revisão como de cassação e reenvio.

Por fim, o julgamento da questão de direito realizado sob a técnica de tutela recursal pluri-individual emite um comando normativo abstrato que possui eficácia vinculante horizontal e vertical.

Luiz Guilherme Marinoni²¹⁸ sustenta que:

Os precedentes formados em recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem *rationes decidendi* elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos que derivam de recursos de massa.

A tese jurídica firmada no julgamento de casos repetitivos não se confunde com um precedente, segundo Luiz Guilherme Marinoni²¹⁹, mas poderia ser compreendida como algo próximo ao *colateral estoppel* ou *issue preclusion* do sistema norte-americano, vez que os recursos repetitivos acabariam produzindo coisa julgada acerca da questão prejudicial que se

²¹⁷ A nomofilaquia tradicional significa proteção da letra da lei. Diferentemente, a nomofilaquia dialética ou tendencial significa manutenção da inteireza do direito.

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: RT, 2016, p. 332.

²¹⁹ *Ibdi.*, p. 321-323.

repete nos casos pendentes e futuros. Em outras palavras, restringe a possibilidade de se rediscutir as questões decididas. Todavia, existe uma diferença fundamental, qual seja, a tese jurídica firmada no julgamento de casos repetitivos também atinge aqueles que não foram parte no procedimento em que fora firmada. Outra distinção está relacionada a sua aplicação, a *non mutual issue preclusion* é aplicável a questões de fato e de direito, enquanto o julgamento de casos repetitivos presta-se tão somente à definição de questões de direito.

Maria Cecilia de Araujo Asperti²²⁰ ao analisar o tema afirma que:

[...] embora possa ser comparada com a *non mutual issue preclusion*, sobretudo por acarretar também restrições na possibilidade de se litigar a questão de direito decidida em sede de recursos repetitivos, há também, uma diferença fundamental que é o fato de que a tese jurídica impede a rediscussão das questões decididas mesmo por aqueles que não participaram de seu julgamento.

Em suma, a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não é um precedente propriamente dito, vez que não consiste em um *ratio decidendi* veiculada em casos subsequentes a partir de sua própria racionalidade, com o objetivo de afirmar o direito. Na verdade, a referida tese configura um enunciado normativo autônomo formado de modo provocado, com o intuito específico de solucionar casos repetitivos.

A desistência ou abandono pela parte recorrente do recurso repetitivo já afetado para julgamento não impede a apreciação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua o artigo 998 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o posicionamento inicial da Ministra Nancy Andriighi no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.063.343/RS:

Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos.

Assim, o julgamento de um recurso repetitivo no STJ e no STF assume feições de um julgamento em tese.

²²⁰ ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 156.

No Superior Tribunal de Justiça já foram admitidos 870 temas de recursos especiais repetitivos (exclui-se da conta os cancelados, desafetados e não admitidos) dos quais 806 foram julgados. Além disso, da análise do Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios de 2018 do Conselho Nacional de Justiça²²¹, constata-se que os assuntos mais recorrentes em temas de recurso especial repetitivo são obrigações, crédito tributário e liquidação/cumprimento/execução.

Torna-se oportuno salientar, ainda, que não existe um padrão no ritmo de afetação de temas ao rito de julgamento dos recursos especiais repetitivos e de julgamento do mérito dos temas, vez que nos anos de 2008, 2009, 2011, 2013 e 2019 foram afetados mais temas de recursos especiais repetitivos do que proferidas decisões de mérito pelo Superior Tribunal de Justiça. Todavia, nos anos de 2010, 2012, 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018 as decisões de mérito superaram o número de temas de recurso especial repetitivo afetados²²². Ademais, o instituto em comento sobrestou 1.157.941 processos.

Ao final do capítulo 2, após tecer algumas considerações acerca dos institutos que compõem o sistema de julgamento de demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais, é possível afirmar que eles não foram pensados de forma sistêmica, pois é perceptível a existência de contradições.

Oportuno destacar que, os temas geradores de precedentes judiciais obrigatórios são dominados por questões de Direito Público, tanto que o assunto “Direito Administrativo e outras Matérias de Direito Público” aparece como o mais recorrente nos temas de repercussão geral e incidente de resolução de demandas repetitivas e o segundo com mais ocorrências dentre os incidentes de assunção de competência.

Outrossim, constata-se que o número total de processos sobrestados vinculados aos temas de Repercussão Geral, Recurso Especial Repetitivo, Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva e Incidentes de Assunção de Competências atualmente é de 2.671.087 feitos em todo o País, o que corresponde a mais de 2,8% de todos os processos pendentes no Poder Judiciário nacional, bem como que a prevalência de processos sobrestados vinculados a temas de repercussão geral e recursos repetitivos (88,2% do total de processos sobrestados

²²¹ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

²²² Dados extraídos dos Boletins Estatísticos do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

no Brasil), em relação ao incidente de resolução de demanda repetitiva (11.2% do total processos sobrestados nos Tribunais) é explicável pelo tempo de vigência dos institutos²²³.

Igualmente, verifica-se que os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018²²⁴.

Dessa forma, encerrado o segundo capítulo, é possível aferir que os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário e pelo novo Código de Processo Civil não foram significativos, motivo pelo qual os institutos constantes deste capítulo não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca de outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas. Assim, no próximo capítulo verificar-se-ão os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

²²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.** Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true.> . Acesso em: 02 mar. 2020.

²²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019.** Brasília: CNJ, 2019.

3 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Inicialmente, insta esclarecer que os conflitos são solucionados por técnicas de composição adversarial (heterocomposição) ou não adversarial (autocomposição), bem como pela autotutela ou autodefesa. Na primeira técnica, as partes terceirizam a solução do conflito e o terceiro imparcial julga aplicando o direito ou a equidade, no caso concreto, via de regra, a jurisdição estatal, jurisdição administrativa e a arbitragem (jurisdição privada). Pretende-se, basicamente com tal método, a correção do componente sociológico, pouco importando a paz interna da parte sucumbente. Importante destacar que a coerção é prerrogativa exclusiva da jurisdição estatal (Poder Judiciário).

Na segunda técnica, as próprias partes, entre elas ou com a mera colaboração de terceiro(s), encontram a solução. Isso ocorre, via de regra, na transação, na conciliação e na mediação, com probabilidade qualitativa de resolução do conflito em toda a sua plenitude, no aspecto sociológico (paz social) e no psicológico das partes envolvidas (paz interior).

Na terceira hipótese, a composição do litígio era realizada pela imposição da vontade de uma das partes sobre a outra, com o emprego da força ou de outros meios, sem a presença de um juiz independente e imparcial. Atualmente, podemos citar com forma de autodefesa a legítima defesa, o exercício regular de um direito, o estado de necessidade e a manutenção da posse.

Outrossim, o conflito pode ser resolvido por via judicial, por via extrajudicial ou por via mista/híbrida. Atualmente, os meios judiciais, extrajudiciais/clássica/privada e híbridos de acesso à justiça compõem o denominado sistema multiporta²²⁵. A expressão *multi-door courthouse* foi originalmente utilizada por Frank Sander numa conferência em 1976, de acordo com Carlos Eduardo de Vasconcelos²²⁶. No Brasil, o Tribunal Multiportas foi implantado pela Resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Em relação ao processo, as formas extrajudiciais podem ser prévias/antecedentes, incidentais e posteriores/sucessivas. É oportuno destacar que as vias extrajudiciais recebem

²²⁵ Francisco José Cahali explica que no sistema multiportas, “o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados aos mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito” (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 67).

²²⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 47.

diversas nomenclaturas, por exemplo, no Brasil são chamados Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) ou Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESC) ou Resolução Adequada de Disputas (RAD), nos Estados Unidos são conhecidos como *Alternative Dispute Resolution* (ADR), na Argentina são denominados *Resolucion Alternativa de Conflictos* (RAC). Dentre as formas extrajudiciais, podemos mencionar a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, a avaliação neutra (*early neutral evaluation*)²²⁷, a facilitação de diálogos apreciativos²²⁸ e os comitês de resolução de disputas (*disputes resolution board – DRB*)²²⁹, sistema de manejo de conflitos (design de sistema de disputas – DSD)²³⁰ e sistema administrativo de conflitos na internet²³¹ – SACI-Adm.

Outrossim, existem outras formas que são mais apropriadas aos sistemas que adotaram a *common law*, tais como, adjudicação, juiz de aluguel (*rente-a-judge/private judging*), minijuri (*mini trial*), júri simulado (*summary jury trial*), levantamento dos fatos (*fact-finding*), *baseball arbitration* (*last offer ou pendulum arbitration*) e *high-low arbitration* (*bracketed arbitration*).

Em relação aos meios híbridos podemos citar a transação penal (artigo 76, da Lei n. 9.099/95), a Remissão (artigos 148, II, 180, II, e 201, I, do Estatuto da Criança e Adolescente) e o termo de ajustamento de conduta (artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7347/85).

Insta destacar que o Código de Processo Civil destaca e valoriza as soluções alternativas de conflitos, pois estabelece no § 2º do artigo 3º que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Tal entendimento é reforçado no § 3º do mencionado artigo, ao determinar que: “A conciliação, a mediação e outros Métodos de Solução Consensual de Conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

²²⁷ Avaliação Neutral é uma perícia ou arbitragem não vinculativa, contratada pelos interessados, em que o avaliador examinará a matéria e elaborará um laudo. Trata-se de modalidade de prevenção de litígios. Dentre as vantagens apontadas destacam-se o ganho de tempo, o afastamento de desgastes, o menor custo e a continuidade de relações entre os interessados.

²²⁸ A facilitação de diálogos apreciativos são métodos em que o procedimento objetiva a mudança mediante a criação ou construção de um futuro desejado e identificado pelos interessados. O trabalho e o esforço estão centrados na conotação positiva aplicada na recordação dos momentos de êxito, com vistas à sua recriação e elaboração do desenho de condições apropriadas para o futuro coletivamente desejado, estimulando o protagonismo dos participantes do processo.

²²⁹ Comitê de Resolução de Disputas é o método utilizado durante a execução de obras mais complexas e demoradas. O comitê é escolhido antes do início da obra para acompanhar o andamento da obra com vistas à solução das questões incidentais, na medida que vão surgindo.

²³⁰ Sistema de manejo de conflitos é a forma de solução de discórdias através da qual desenvolve-se uma estrutura específica a um caso concreto de questões complexas envolvendo múltiplas partes ou grupos de pessoas em diversas posições.

²³¹ Sistema administrativo de conflitos na internet é um procedimento estabelecido pelo Comitê Gestor de Internet – CGI, para administração do Registro.br, e está implantado com regras próprias desde 2010.

Além disso, o Código de Processo Civil prevê a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Demandas (CEJUSC's) pelos tribunais, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação. Os §§ 2º e 3º do artigo 165 do referido Código faz distinção na utilização da mediação e da conciliação, a primeira deve ser utilizada preferencialmente quando existir vínculo anterior entre as partes, por sua vez, a segunda será utilizada preferencialmente quando não existir vínculo anterior entre as partes.

A facilitação do acesso à justiça pelos métodos de resolução de conflitos visa lidar com a litigiosidade contida²³², qual seja, aquela em que o cidadão conhece o direito, porém não acessa o sistema de justiça por não crer na capacidade deste de responder adequadamente a sua demanda, ou enfrentar óbices financeiros, sociais, psicológicos e culturais.

3.1 NEGOCIAÇÃO

Na negociação, as partes ou seus representantes têm controle total sobre o processo, o seu resultado, eles estabelecem todos os protocolos do trabalho, não existe um terceiro, um mediador, um árbitro, um neutro ou um juiz.

Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Junior²³³, negociação é:

[...] o conjunto de atos que visam a solução de conflitos das mais variadas espécies, como os conflitos pessoais, profissionais, políticos, diplomáticos, familiares, jurídicos, trabalhistas, empresariais, comerciais etc.

Carlos Eduardo de Vasconcelos²³⁴ define negociação como:

[...] o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses.

Segundo Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton²³⁵, “a negociação é um meio básico de conseguir o que se quer de alguém, e seja nos negócios, no governo ou na família, as pessoas chegam à maioria das decisões por meio da negociação”.

²³² Léslie Shéri da Ferraz diferencia a litigiosidade contida da latente e da estimulada. A litigiosidade latente é aquela em que o cidadão desconhece o direito e, por isso, acaba não agindo diante de uma violação. A litigiosidade estimulada é aquela em que o cidadão ingressa no sistema e é incentivado a tanto pelo conhecimento, pelas partes, das deficiências e da lentidão do Judiciário. (Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 89-90).

²³³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 271.

²³⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 48.

Na negociação, as partes devem ter sempre em mente que o problema de um é o problema de todos, vez que o que se almeja é uma solução mútua das dificuldades. O objeto primordial da negociação é a obtenção da mútua satisfação das partes envolvidas. Desta forma, se considerada a relação interpessoal existente, pode-se dizer que a negociação adota três modelos: o modelo distributivo para relações episódicas, sem perspectiva de geração de rede ou parcerias, alianças e relações de interdependência; o modelo integrativo para relações continuadas, quando busca expandir, ampliar os campos de atuação comum; e o modelo apoiado em terceiro, busca-se um mediador de confiança que possa facilitar uma solução.

Além disso, as partes devem considerar o limite máximo até o qual aceitaria negociar (*reservation point*). Assim, a utilização do que a Escola de Harvard²³⁶ denominou de *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA), além de estabelecer valores também pensa em alternativas concretas ao acordo. O BATNA é o padrão em relação ao qual qualquer proposta de acordo deverá ser mantida, pois é capaz de proteger a parte de aceitar termos desfavoráveis e também de rejeitar termos que seria de seu interesse aceitar.

Na negociação são possíveis três tipos de abordagem: adversarial, colaborativa e baseada em princípios. A negociação adversarial, também chamada *hard bargaining* ou *distributional bargaining*, tem como meta a vitória e os participantes são adversários. A abordagem com enfoque preponderantemente baseado em posições (ganha-perde).

Já a negociação colaborativa, também conhecida por *soft bargaining* ou *creating value approach*, tem como objetivo o acordo e os participantes são amigos. A abordagem com enfoque preponderantemente baseado em interesses (ganha-ganha).

Por último, a negociação baseada em princípios tem por finalidade um resultado sensato, atingido de maneira eficiente e amigável e os participantes são solucionadores de problemas. A abordagem com enfoque predominantemente baseado em princípios/valores, quais sejam: separar as pessoas do problema; focalizar nos interesses em jogo, não na posição das partes; inventar opções de ganho mútuo; e insistir em critérios objetivos. Torna-se oportuno salientar que os princípios mencionados levam em conta os sete elementos básicos da negociação: interesses, opções, critérios de legitimidade, alternativas, compromisso, relacionamento e comunicação.

Além disso, o processo de negociação envolve três variáveis condicionantes, quais sejam: informação, tempo e poder. O negociador deve conhecer as necessidades,

²³⁵ FISHER, Rogerf; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. RIBEIRO, Vera; Borges, Ana Luiza. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 15.

²³⁶ HARVARD LAW SCHOOL. **Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials**. Cambridge: Massachusetts, junho, 2004.

características e motivações das partes. Ademais, a parte que dispõe de tempo ganha poder na negociação. A informação e o tempo levam ao poder, que nada mais é do que o controle sobre as pessoas e fatos.

A negociação deve explorar algumas modalidades de poder, tais como: I) poder concorrencial – vincula-se à oferta e procura; poder vinculado ao risco – quem está disposto a correr mais riscos leva vantagem; poder do conhecimento – o conhecimento leva ao poder; e poder da identificação ou da persuasão – quem consegue se identificar com o outro tem vantagem.

O *rapport* é uma técnica de programação neurolinguística para obtenção da empatia, confiança e cooperação de alguém, utilizada normalmente em negociações que envolvam vendas. O espelhamento é a técnica mais comum de *rapport* e consiste na imitação física do comportamento do outro, através de expressões corporais, respiração, expressões faciais e volume, espécie e ritmo das palavras.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola²³⁷ apontam que:

A negociação tem como principais vantagens evitar as incertezas e os custos de um processo judicial, privilegiando uma resolução pessoal, discreta, rápida e, dentro do possível, preservando o relacionamento entre as partes envolvidas, o que é extremamente útil, sobretudo em se tratando de negociação comercial.

A negociação pode ser dividida em 5 fases: preparação, abertura, apresentação, esclarecimento e transação. Na primeira fase ocorre o levantamento das informações essenciais e planejamento dos objetivos. Na segunda fase, o negociador deve remover o clima de tensão existente entre as partes. Na terceira fase, são demonstrados os objetivos, prognósticos e eventual solução. Na quarta fase, o negociador deve esclarecer o procedimento da negociação com respostas baseadas no levantamento realizado na primeira fase. Por fim, na quinta fase, a transação é obtida.

3.2 MEDIAÇÃO

A mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegarem a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais colaboradores em que se desenvolve um processo composto por

²³⁷ DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Educação, 2019, p. 46.

vários atos pelos quais os terceiros imparciais facilitam a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

O terceiro funciona como um agente facilitador/espectador que visa restaurar o vínculo existente entre as partes. O mediador não sugere ou impõe a solução e nem interfere nos termos do acordo, ele almeja neutralizar a emoção das partes, facilitando a solução da controvérsia sem interferir na substância da decisão dos envolvidos.

A mediação é um método não vinculante e se caracteriza pela redução ou delegação do direcionamento e do procedimento a um terceiro neutro, mas pela manutenção do controle sobre o resultado pelas partes. A mediação é regulamentada pela Lei n. 13140/2015 e tem aplicação nos ramos familiar, empresarial, societário, contratual, ambiental, trabalhista, escolar, comunitário, internacional e outros.

Roberto Portugal Bacellar²³⁸ define a mediação como:

[...] um processo transdisciplinar, é técnica lato sensu e arte que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-la a perceber no conflito a oportunidade de encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas.

Segundo Carlos Eduardo de Vaconcelos²³⁹,

A mediação é tida como um método dialogal e autocompositivo, no campo da retórica material e, também, como uma metodologia, em virtude de constituir um procedimento baseado num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

Para Helena Soletto Muños²⁴⁰:

La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso.

²³⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

²³⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 48.

²⁴⁰MUÑOS, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos em el proceso civil español. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan-jun. 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21674/16013>>. Acesso em: 25 fev. 2020, p. 67.

Francisco José Cahali²⁴¹ sustenta que:

Mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua com facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.

O conceito legal de mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 13140/2015. Outrossim, a mediação é sempre voluntária, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 13140/2015.

Adolfo Braga Neto e Lia Regina Castaldi Sampaio²⁴² indicam que os princípios norteadores da mediação são: a autonomia da vontade das partes, a imparcialidade, a independência, a credibilidade, a competência, a confidencialidade, a diligência e acolhimento das emoções dos mediados. A Lei n. 13140/2015 indica outros dois princípios, quais sejam: a isonomia entre as partes e a boa-fé.

A mediação apresenta modelos direcionados ao acordo (mediação avaliativa/conciliação e mediação facilitativa/satisfativa/linear/clássica/tradicional/de Harvard), no qual, é priorizado o problema em concreto, e modelos direcionados à relação (mediação transformativa/Bush e Folger e mediação narrativa/circular-narrativa/Sara Gobb), no qual, é priorizado a transformação do padrão relacional. Exemplos de mediação direcionadas à relação: mediação familiar, mediação empresarial/coorporativa, mediação comunitária, mediação escolar e mediação restaurativa/vítima-ofensor²⁴³.

É oportuno destacar que a mediação pode ser realizada no curso do procedimento judicial ou arbitral, ocasião em que o processo será suspenso por prazo de 60 dias para a solução consensual da controvérsia, nos termos do artigo 28 da Lei n. 13140/2015. No caso de transação, o termo do acordo será homologado pelo juiz ou árbitro e constituirá título executivo judicial. No período de suspensão, as partes poderão requerer, se necessário, tutelas provisórias, de urgência, cautelares e antecipatórias (§ 2º da referida norma).

²⁴¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 94.

²⁴² BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 34-43.

²⁴³ A mediação vítima-ofensor (*victim ofender mediation*) é uma das várias modalidades de processos restaurativos, tais como, conferência (*conferencing*), círculos de pacificação/de diálogo (*peacemaking circles*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

A mediação pode ser estipulada por cláusula contratual no intuito de evitar que a controvérsia alcance diretamente o juízo arbitral ou o juízo estatal. A cláusula que prevê a convenção de mediação prévia (mediação pactuada) pelas partes recebe o nome de cláusula med-arb – “Mediation-Arbitration”. Importante destacar que a cláusula med-arb é uma espécie de cláusula escalonada²⁴⁴.

Luciane Moessa de Souza²⁴⁵ defende que existem três fundamentos constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, nos seguintes termos:

Os três grandes fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de métodos sensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, são:

a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º., XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial (art. 5º, LXXIV);

b) o princípio da eficiência (art. 37, caput), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas;

c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º.), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama, portanto, que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.

Por tais razões, o Poder Público deve necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares – não sendo, todavia, os particulares, por evidente, obrigados a tomar parte nestes processos consensuais, podendo optar, se assim entenderem mais apropriado, pelo processo contencioso tradicional. Da mesma forma, nos conflitos que envolvem entes públicos entre si, a solução consensual deve ser buscada até que se tenha sucesso, por decorrência lógica do princípio da eficiência.

Os conflitos envolvendo particulares e a Administração pública podem ser resolvidos através da mediação por meio de Câmara de mediação e conciliação criadas pelos entes do Estado para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (artigo 174, do Código de Processo Civil).

²⁴⁴ Cláusula escalonada é aquela em que se estabeleçam dois ou mais meios de solução de conflitos dentre os diversos disponíveis a serem exercidos na forma e etapas ajustadas pelas partes. Por exemplo: cláusula med-arb, cláusula arb-med e cláusula BD-arb.

²⁴⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 61.

Além disso, o artigo 32 da Lei n. 13140/2015 prescreve que os entes do Estado poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta; e a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares (art. 32, I a III e § 5º, da Lei n. 13140/2015).

A instauração do procedimento administrativo suspende a prescrição, bem como que o acordo firmado no âmbito administrativo constitui título executivo extrajudicial (arts. 20 e 34, da Lei n. 13140/2015).

Outrossim, nos casos de conflito entre particulares e a administração pública é possível a transação por adesão, nos termos do artigo 35, da Lei n. 13140/2015. Os requisitos e as condições da transação serão definidos em resolução administrativa própria. O particular que tiver interesse e preencher os requisitos deverá solicitar adesão e ao mesmo tempo renunciar o direito sobre o qual se funda o objeto da adesão.

Nos casos de conflito entre órgãos ou entes de direito público que integram a Administração Federal, a Advocacia-Geral da União deverá levar a efeito a composição extrajudicial do conflito, não sendo aplicável para sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

3.3 CONCILIAÇÃO

A conciliação é um processo autocompositivo em que as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, que visa chegar a uma solução ou a um acordo espontaneamente adotado pelas partes. Na conciliação, o terceiro atua como um intermediador ativo (conciliador) que interage com as partes, busca soluções, faz propostas, realiza ponderações, procura alternativas não pensadas pelas partes, enfim, o conciliador irá influenciar no resultado do litígio. Todavia, o conciliador não pode impor sua sugestão compulsoriamente.

A conciliação é regulamentada pela Lei n. 13.105/2015 e tem aplicação nos ramos trabalhista, familiar, empresarial, societário, contratual, ambiental, escolar, comunitário,

internacional, órgãos públicos e autarquias, dentre outros. Oportuno destacar que a conciliação pode ser realizada no curso do procedimento judicial ou arbitral, ocasião em que o processo será suspenso por prazo razoável para a solução consensual da controvérsia, nos termos do artigo 16 da Lei n. 13140/2015. No caso de transação, o termo do acordo será homologado pelo juiz ou árbitro e constituirá título executivo judicial. No período de suspensão, as partes poderão requerer, se necessário, tutelas provisórias, de urgência, cautelares e antecipatórias (§ 2º da referida norma).

A conciliação é compulsória, na modalidade judicial, tendo em vista que o artigo 334 do Código de Processo Civil impõe ao juiz a determinação de audiência. A realização da audiência de conciliação no procedimento comum só não ocorrerá se ambas as partes dispensarem a composição consensual ou quando não for admitida a autocomposição, nos termos do § 4º do artigo 165 do Código de Processo Civil.

A conciliação pode ser estipulada por cláusula contratual no intuito de evitar que a controvérsia alcance diretamente à heterocomposição. A cláusula que prevê a conciliação pactuada pelas partes recebe o nome de cláusula escalonada.

O inciso I do artigo 98 da Constituição Federal previu a criação dos juizados especiais pelos Estados e pela União, todavia, os juizados só foram implantados com Lei n. 9099/95. O juizado especial na seara cível tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas no valor de até 40 salários mínimos e na seara criminal tem competência para conhecer, promover composição civil e transacionar a respeito de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os Juizados Especiais Federais só foram instituídos pela Lei n. 10.259/2001. Na seara criminal são competentes para processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência, e na seara civil são competentes para processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

Em 2009, a Lei n. 12.153 criou os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública que tem competência para processar, conciliar e julgar causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

A diferença primordial dos Juizados Especiais em comparação ao modelo da justiça tradicional é a estimulação dos métodos não adversais de resolução de conflitos na forma autocompositiva da conciliação.

Por fim, insta salientar que as regras e hipóteses estabelecidas para mediação no Direito Público no item 3.2 são as mesmas aplicadas para conciliação no Direito Público.

3.4 ARBITRAGEM

Antonio Álvares da Silva²⁴⁶, traça um breve histórico acerca da arbitragem, nos seguintes termos:

A arbitragem é, por excelência, o meio de solução de conflitos humanos, precedendo no tempo ao próprio Poder Judiciário. 2- A solução de conflitos por um terceiro isento, escolhido pelas partes, sempre foi o caminho histórico de pacificação de litígios, porque, gozando da confiança dos que lhe pedem justiça, concilia a rigidez da norma com a flexibilização natural da equidade. 3- Somente na fase imperial de Roma é que se adotou a solução exclusivamente estatal de controvérsias. Antes, no período das "*legis actiones*" e no período "*per formulam*", a atuação do pretor se limitava a dar a ação, compor o litígio e fixar o "*thema decidendum*". A partir daqui, entregava o julgamento a um árbitro, que podia ser qualquer cidadão romano. 4- Esta situação predominou durante a Idade Média, em que não havia tribunais exclusivamente patrocinados pelo Estado pois, pertencendo o cidadão a reinos e condados, comandados por nobres e senhores feudais, a justiça era feita de comum acordo, por tribunais comunitários, de natureza mais compositiva do que decisória. Somente a partir do século XVIII, com a criação do Estado Constitucional é que houve o monopólio pelo Estado da prestação jurisdicional. Esta nova postura, entretanto, nunca excluiu o julgamento fora do Estado, por terceiros escolhidos pelas partes, pois não é, nem nunca foi possível ao Estado decidir sozinho as controvérsias humanas, principalmente na sociedade moderna, em que se multiplicam os conflitos e acirram-se as divergências, não só dos cidadãos entre si, mas deles contra o Estado e do Estado contra seus jurisdicionados.

No Brasil, o Código Civil de 1916 já previa a arbitragem entre os meios indiretos de pagamento, sob o título de compromisso (arts. 1037 a 1048). No entanto, a arbitragem foi pouco utilizada, pois o Código de Processo Civil de 1973 exigia a homologação do laudo arbitral por sentença judicial, ou seja, o Poder Judiciário passou a ser o grau recursal de jurisdição da arbitragem.

A Justiça Arbitral ou arbitragem no Brasil foi devidamente disciplinada em setembro de 1996 pela Lei n 9.307, vez que equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem e terminou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral. O projeto da referida lei foi apresentado pelo Senador Marcos Maciel em 1992 e após algumas alterações foi aprovado em 1996., razão pela qual referida lei é conhecida como "Lei Marco Maciel".

²⁴⁶ TRT-3ª Região (MG), RO n. 00259-2008-075-03-00-2, Rel. Des. Antonio Álvares da Silva, DJE 31/01/2009.

A globalização e a formação de blocos regionais, bem como a aderência do Brasil a tratados e acordos internacionais intimamente relacionados ao comércio internacional, acarretaram a necessidade de maior utilização da arbitragem, vez que os conflitos comerciais deixaram de ser exclusivamente internos, segundo Leandro Rennó²⁴⁷.

Importante salientar que Supremo Tribunal Federal, na análise de recurso em processo de homologação de sentença estrangeira²⁴⁸, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem e assentou que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, dando permissão para que o juiz arbitral substitua sua vontade, não ofende o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. O referido inciso não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. As partes podem, no pleno gozo de sua liberdade, renunciar ou não à jurisdição. Impedir as pessoas que busquem meios, fora do Judiciário, para a resolução dos litígios, afronta a dignidade e a liberdade humana.

Dessa forma, a lei de arbitragem, ao conferir segurança jurídica e efetividade ao instituto, acompanhada do incremento do Comércio Internacional no Brasil e do julgamento do Recurso em Processo de Homologação de Sentença Estrangeira n. 5206 pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁹ contribuíram substancialmente para o aumento da utilização da arbitragem. Posteriormente, em 2015, a Lei 13.129 alterou a Lei 9.307/1996.

A Arbitragem conceitualmente é um processo eminentemente privado, no qual as partes interessadas buscam o auxílio de um terceiro (árbitro), neutro, para, após um devido procedimento na busca da solução consensuada, prolatar uma decisão visando encerrar a disputa.

Segundo Carlos Alberto Carmona²⁵⁰:

Arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Junior²⁵¹:

²⁴⁷ RENNÓ, Leandro. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

²⁴⁸ STF, SE 5.206 AgR/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 12/12/2001, DJ 30/4/2004.

²⁴⁹ Em 2001, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e considerou constitucionais os artigos relacionados à cláusula de arbitragem contidas na Lei de Arbitragem.

²⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo: comentários à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 2009.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional do Poder Judiciário previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal representa um direito à ação e não um dever. A contrario sensu, quer dizer que nenhuma lei pode impor a aplicação compulsória da arbitragem a ninguém. Portanto, a decisão de levar seus eventuais conflitos para a solução arbitral decorre da autonomia da vontade das partes sobre os seus direitos patrimoniais disponíveis.

Mariana de Souza Saraiva²⁵² define arbitragem como:

[...] um meio privado e adequado de solução de controvérsias, pelo qual as partes, fazendo uso da autonomia privada, delegam a terceiros, geralmente especialista na matéria que será discutida, a solução de determinado litígio surgido entre si.

Arbitragem, segundo José Cretella Junior²⁵³, é:

O sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Dos conceitos acima mencionados é possível extrair a arbitrabilidade, ou seja, os limites impostos aos sujeitos e às matérias para serem partes ou objeto em uma arbitragem.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio²⁵⁴ lecionam que:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem, ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de decidir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra de competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor,

²⁵¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 2.

²⁵² SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 7.

²⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 98, 1998, p. 28.

²⁵⁴ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado. Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 637.

não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição da validade da convenção arbitral e consequentemente da competência dos árbitros.

Karin Hlavnicka Skitnevsky²⁵⁵ entende que arbitrabilidade são os limites estabelecidos pela arbitragem, de acordo com a lei interna de cada país, que inviabilizam seu uso por certas pessoas e matérias.

A arbitrabilidade objetiva delimitar as matérias que podem ser objeto da arbitragem. A matéria pode ser submetida à arbitragem quando for considerada disponível pelo ordenamento, ou seja, envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Segundo Selma M. Ferreira Lemes²⁵⁶, “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, como alienar, vender, etc.”

A disponibilidade dos direitos está ligada à possibilidade de alienação e àqueles direitos que são passíveis de transação, ou seja, não são passíveis de arbitragem questões penais, matéria tributária, questões referentes ao estado das pessoas, direitos da personalidade e direitos pessoais concernentes ao direito de família. Caso uma dessas questões surjam durante a arbitragem, o procedimento arbitral será suspenso até a resolução da questão prejudicial.

Assim, a arbitragem pode ser estipulada para as matérias de relação de consumo, direito do trabalho, contratos societários, contratos de adesão, falência e recuperação judicial, locação de imóveis urbanos, condomínio edilício e administração pública, desde que observados alguns requisitos.

O artigo 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor estipula que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem. A norma veda a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato.

Neste caso, a legislação visa proteger o consumidor - parte presumidamente vulnerável jurídica, econômica ou tecnicamente, que poderia ser compelido a aceitar cláusula arbitral, aquela inserida no contrato ou em documento apartado que, antes da ocorrência de qualquer litígio, impõe às partes contratantes a necessidade de submeter seus conflitos à arbitragem. No entanto, a cláusula arbitral será válida nas relações de consumo se sua inserção for realizada

²⁵⁵ SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

²⁵⁶ LEMES, Selma M. Ferraira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p.124.

por iniciativa do consumidor ou quando ele estiver devidamente assistido juridicamente, no momento da celebração do contrato.

O compromisso arbitral nas relações de consumo é válido, vez que realizado após a existência do conflito e com aquiescência do consumidor. Nesse sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1742547/MG²⁵⁷ de relatoria da Ministra Nancy Andriahi em 18/06/2019.

Os artigos 8º e 20 da Lei n. 9037/1996 estipulam que as questões relacionadas à invalidade da convenção de arbitragem devem ser resolvidas, primeiro, pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral e só depois, eventualmente, pela jurisdição estatal por meio da ação anulatória da sentença arbitral, com fundamento nos artigos 32 e 33 da referida Lei.

Nos conflitos decorrentes de relações trabalhistas a arbitragem pode ser aplicada tanto nos conflitos individuais como nos conflitos coletivos.

O artigo 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho permite que:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Deste modo, constata-se que, nos conflitos individuais, a arbitragem por meio da cláusula arbitral (compromissória) só abarcaria os empregados com remuneração superior a duas vezes o limite máximo de benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Outrossim, a arbitragem por compromisso arbitral abrange todos os empregados, independentemente do valor da remuneração, vez que, após o término da relação jurídica trabalhista, os direitos garantidos pela legislação trabalhista ao empregado já foram adquiridos, e o empregado não está vulnerável.

Insta destacar que, a indisponibilidade de direitos trabalhistas é um conceito válido e internacionalmente reconhecido porque se trata de núcleos mínimos de proteção jurídica do trabalhador. Destes conteúdos mínimos não têm as partes disponibilidade, porque afetaria a busca do equilíbrio ideal entre o empregado e o empregador. Todavia, indisponibilidade não se confunde com transação, quando existe dúvida sobre os efeitos patrimoniais de direitos trabalhistas em situações concretas. Hipótese na qual a negociação é possível e seu

²⁵⁷ STJ, REsp n. 1742547/MG, Rel. Min. Nancy Andriahi, DJE 21/06/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=COMPROMISSO+ARBITRAL+CDC&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

impedimento reduziria o empregado à incapacidade jurídica, o que não é admissível, vez que proteção e tutela não se confundem com privação da capacidade negocial.

Nos conflitos coletivos, a arbitragem pode ser aplicada tanto por cláusula arbitral como por compromisso arbitral, conforme se infere do § 1º do artigo 114 da Constituição Federal. Portanto, os conflitos trabalhistas decorrentes de greve e participação dos lucros podem ser resolvidos pela arbitragem.

Igualmente, a arbitragem também é aplicável para contratos societários e estatutos associativos, nos termos dos artigos 109, da Lei n. 6.404/1976, 54, V, 997 e 1053, do Código Civil. Os sócios que ingressarem ou adquirirem ações estarão anuindo e aderindo ao que antes foi estipulado livremente pelas partes na deliberação inicial dos atos constitutivos, de acordo com Carlos Alberto Carmona²⁵⁸.

A alteração estatutária para inclusão da cláusula arbitral é admitida. No entanto, deve ser aprovada por metade dos acionistas das ações com direito a voto (art. 136-A, da Lei das Sociedades Anônimas). Instituída a mencionada cláusula em sociedade anônima de capital fechado, os acionistas minoritários dissidentes poderão se retirar com reembolso das ações. Se a sociedade for de capital aberto, os dissidentes poderão negociar diretamente a liquidação das suas ações, nas hipóteses de dispersão e liquidez. O direito de reembolso ocorrerá quando não existir liquidez e dispersão.

A arbitragem, também pode ser aplicada aos contratos de adesão, desde que realizada por compromisso arbitral ou por cláusula arbitral. Todavia, a arbitragem por cláusula arbitral exige que o contrato: não trate de relação de consumo (art. 51, VII, do CDC); respeite a forma escrita (aditivo contratual ou correspondência digital); destaque em negrito da cláusula arbitral; e contenha visto ou assinatura específica para a cláusula arbitral; deve estar em documento anexo ou no bojo do contrato.

Neste sentido, o artigo 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 estipula que:

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Além de observar estes requisitos formais, Luiz Antonio Scavone Junior²⁵⁹ observa que também é recomendável por cautela que “a cláusula esteja em destaque, **com letra em**

²⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 112.

²⁵⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 35.

tamanho maior que o restante do contrato, em negrito, **sublinhada** e em caixa de texto com espaço para assinatura específica da cláusula arbitral pelo aderente” (g.n.).

Os contratos devem ser transparentes ante o necessário equilíbrio decorrente da boa-fé, da eticidade e função social do contrato. Importante observar que os contratos comuns de acordo se contrapõem ao contrato de adesão. Os contratos de adesão se caracterizam pela inexistência da fase das tratativas preliminares e, conseqüentemente, pela imposição de condições contratuais rígidas, normalmente em favor do fornecedor, de acordo com James Marins, Thereza Alvim, José Manoel de Arruda Alvim Netto e Eduardo Arruda Alvim²⁶⁰.

Curioso apontar que, o Código de defesa do consumidor não realiza distinção entre contrato de adesão e contrato por adesão, no entanto, Nelson Nery Junior²⁶¹ explica que:

Contrato de adesão é aquele em que não há qualquer escolha, ou seja, o consumidor não pode optar por outro fornecedor, devendo aceitar o contrato caso deseje o produto ou serviço, como ocorre, atualmente, por exemplo, com o fornecimento de água. Já no contrato por adesão existe escolha. Com efeito, apesar de o contrato ter sido redigido pelo fornecedor com apresentação de cláusulas prontas, o consumidor poderá optar por outro fornecedor, caso não concorde com o negócio imposto pelo fornecedor.

De igual forma, a arbitragem pode ser aplicada a recuperação judicial e a falência. Na recuperação, as partes podem incluir a cláusula arbitral para solucionar questões laterais para implementação do plano de recuperação, bem como para dirimir dúvida quanto ao cumprimento dos meios aprovados para a recuperação. Todavia, aqueles que formam contra o plano de recuperação não se submetem à arbitragem, vez que não se encontra nas disposições obrigatórias do artigo 53 da Lei 11101/2005. Além disso, a imposição da arbitragem é inconstitucional.

Na falência, as demandas que envolverem quantia ilíquida permanecerão no juízo arbitral até a formação de título para habilitação no juízo universal da falência. De maneira semelhante, a demanda deve permanecer na via arbitral caso o falido figure como autor ou litisconsorte ativo de causas fiscais, trabalhistas e aquelas não reguladas pela Lei de Falências.

Não será possível a solução arbitral nas ações sobre bens, negócios e interesses do falido, bem como sobre quantias ilíquidas ainda não propostas, porque estas serão atraídas ao juízo universal da falência.

²⁶⁰ MARINS, James. ARRUDA ALVIM, Eduardo. ALVIM, Thereza. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 265.

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 551.

Do mesmo modo, as ações locatícias, revisionais, consignatórias, renovatórias de imóveis urbanos admitem a cláusula e o compromisso arbitral indistintamente. Entretanto, após a solução arbitral, eventual execução do julgado será realizada pelo Poder Judiciário.

Da mesma maneira, a arbitragem pode ser aplicada ao condomínio edilício, ou seja, o conjunto de propriedades exclusivas em uma edificação considerada unitária, com áreas comuns que se vinculam às unidades autônomas, segundo Luiz Antonio Scavone Junior²⁶².

Os conflitos entre condôminos e condomínio serão resolvidos por arbitragem por meio do compromisso arbitral e se existir convenção do condomínio com cláusula arbitral. Todavia, em relação a cláusula arbitral existem algumas ponderações a serem realizadas.

O condômino que, na instituição do condomínio, é contra a inclusão da cláusula arbitral na convenção de condomínio não pode vincular-se à arbitragem, posto que não a pactuou expressamente, e nesse momento a natureza jurídica da referida convenção é contratual. Portanto, a imposição da arbitragem seria inconstitucional por violação ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Situação diversa ocorre quando o condômino adquire a unidade condominial, depois da criação da convenção de condomínio que respeitou o quórum legal, neste caso o condômino está vinculado à cláusula arbitral, posto que a natureza jurídica da convenção condominial após sua criação é eminentemente institucional normativa, e não contratual.

Outra situação é a inclusão de cláusula arbitral em convenção do condomínio já existente, neste caso, ainda que respeitado o quórum legal, os condôminos dissidentes não serão obrigados a aceitarem a arbitragem.

Os conflitos entre os condôminos serão resolvidos por arbitragem por meio do compromisso arbitral e se existir convenção do condomínio com cláusula arbitral. No entanto, a cláusula arbitral deve ser específica sobre a matéria relacionada ao direito de vizinhança e problemas construtivos.

Os conflitos entre o condomínio e fornecedores ou administradora que for contratada para auxiliar o síndico nas funções administrativas do condomínio serão solucionados por arbitragem por meio de compromisso arbitral e se existir contrato autônomo ou de prestação de serviços com cláusula arbitral.

Por fim, a aplicação da arbitragem na administração pública. A esse respeito, são irretocáveis as razões lançadas pelo Ministro Luiz Fux²⁶³ e que, por essa razão, reproduz-se a ementa:

²⁶² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC – TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A.

2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor:

“Cláusula 21.1 - Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06”.

3. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris:

"Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração."

Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, "[...] (grifou-se)

5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua

²⁶³ STJ, AgRg-MS n. 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/06/2006, DJ 14/08/2006.

responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

9. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

11. Destarte, é assente na doutrina que **"Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público.** Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.

14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

15. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem.

Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

18. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado" (art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

19. Agravo Regimental desprovido. (g.n.).

No caso dos contratos envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista as dúvidas ou conflitos podem ser resolvidos pela arbitragem, vez que o parágrafo único do artigo 40 do Código Civil às equipara às pessoas jurídicas de direito privado, quando desempenham atividade econômica típica do direito privado e assumem a estrutura de direito privado.

Igualmente, no contrato administrativo de concessão, a arbitragem pode ser aplicada, desde que respeitados o princípio da legalidade e do interesse público, consoante dispõe o inciso XV do artigo 23 da Lei n. 8987/1995²⁶⁴. Além disso, o artigo 23 da mesma Lei prevê expressamente a possibilidade de arbitragem, nos seguintes termos:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A aplicação da arbitragem para os setores de telecomunicações, de gás e petrolífero, dos transportes e elétrico também encontra previsão específica, respectivamente, na Lei Geral de Telecomunicações (art. 93, XV, da Lei n. 9472/97), na Lei de Política Energética Nacional (art. 43, X, da Lei n. 9478/97), na Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (art. 35, XVI, da Lei n. 10233/01) e na Lei n. 10.848/04 (art. 4, § 5º).

Nas hipóteses de parceria público-privada, a arbitragem também é aplicável, nos termos do inciso III do artigo 11 da Lei n. 11079/2004, ou seja, o instrumento convocatório poderá prever "o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato".

Outrossim, a arbitragem poderá ser utilizada nas demais relações em que estejam presentes pessoas jurídicas de direito público para resolução do conflito que tenham características privada. Em outras palavras, nos contratos de seguro, de financiamento, de

²⁶⁴ "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais".

locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

A lei de arbitragem ao tratar da Administração Pública prescreve que:

A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, bem como que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. Ademais, estipula que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (arts. 1º, §§ 1º e 2º, e 2º, § 3º, da Lei n. 9307/1996).

Mauro Roberto Gomes de Mattos²⁶⁵ assevera que:

Todas as cláusulas que impliquem em remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no Juízo Arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetível da solução extrajudicial.

Importante destacar que o interesse público é dividido em primário e secundário. O interesse público primário ou propriamente dito é o interesse pertencente à coletividade, a razão de ser do Estado. Já o interesse público secundário ou da administração é o interesse da própria pessoa jurídica de direito público (interesse individual do Estado/do aparato estatal) quando participa de uma relação jurídica, a qual deve buscar maximizar a arrecadação e minimizar despesas.

A arbitragem visa solucionar conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação ente disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Sempre que cabível a contratação pela Administração, o que só ocorre porque existe a disponibilidade de direito patrimonial, esta também poderá utilizar-se da arbitragem, sem que isso implique disposição do interesse público.

Adilson de Abreu Dallari²⁶⁶ observa que:

²⁶⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. v. 223, p. 115-131, jan./mar. 2002, p. 19. Disponível em: <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/o_contrato_administrativo_e_a_lei_de_arbitragem.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

²⁶⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996, p. 66.

O interesse público não deve ser confundido com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e na realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública apresenta algumas vantagens: a prevalência da autonomia da vontade das partes, a segurança, a especialidade, a efetividade, a celeridade e solução mais condizente com o interesse público envolvido no caso. Por outro lado, os custos, ausência de recurso e de exequibilidade da sentença arbitral são apontadas como desvantagens para administração pública.

A arbitrabilidade subjetiva estipula os sujeitos que podem utilizar a arbitragem. No caso, José Eduardo Carreira Alvim²⁶⁷ afirma que a arbitragem pode ser convencionada por **pessoas capazes, físicas ou jurídicas**, desde que a lide envolva direitos patrimoniais disponíveis.

A natureza jurídica da arbitragem é controversa, existindo quatro correntes divergentes sobre o tema: privatista, jurisdicionalista, mista e autônoma. A primeira, denominada contratualista/privativista, entende que a arbitragem tem natureza contratual, pois tem origem num compromisso realizado entre as partes – negócio jurídico.

A segunda corrente, jurisdicionalista/processualista/publicista, sustenta que a arbitragem possui natureza jurisdicional, porque a sentença arbitral decide o litígio e impede que a controvérsia seja levada à jurisdição estatal.

A terceira corrente, conciliadora/intermediária/mista, considera que a arbitragem é contratual na origem/fonte por considerar que as partes são submetidas à arbitragem em razão de um acordo anterior, mas jurisdicional no resultado/objeto considerando que sua finalidade é uma decisão definitiva e exequível referente a uma demanda.

Por fim, a quarta corrente, autônoma, afirma que a arbitragem é um equivalente jurisdicional:

[...] pois preenche todas as funções da jurisdição, ou seja, os objetivos sociais, políticos e jurídicos. Mas não é jurisdição, pois é função estatal, faz parte da soberania do estado e toda exceção terá que estar prevista na Constituição – o que não ocorre no caso da arbitragem.²⁶⁸

²⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 96.

²⁶⁸ MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral: Aspectos controversos e regramento dogmático**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004, p. 279.

Humberto Theodoro Júnior²⁶⁹ sustenta que:

Se no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicista. Com efeito, não obstante apoiada no pressuposto de uma autorização contratual, o novo procedimento arbitral, uma vez instaurado, em tudo se equipara à jurisdição oficial, já que nem mesmo o compromisso depende necessariamente de intervenção judicial, nem tampouco a sentença arbitral tem sua eficácia subordinada a qualquer crivo de aprovação em juízo.

A arbitragem possui como características a autonomia privada, a exequibilidade, celeridade, especialidade dos árbitros e a confidencialidade.

A autonomia privada tem fundamento no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, constata-se que as pessoas possuem liberdade de estabelecer e definir os termos de uma relação jurídica, desde que não exista vedação pelo ordenamento jurídico.

César Fiusa²⁷⁰ discorre que o princípio da autonomia privada:

Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera da liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta.

Desta maneira, verifica-se que autonomia privada está presente na arbitragem, vez que esta exige uma convenção das partes para indicar a intenção de submissão da demanda à solução arbitral (convenção de arbitragem), bem como para estabelecer pontos relevantes, tais como: o número de árbitros, o tipo de arbitragem e as regras aplicáveis à resolução do litígio, sejam processuais ou materiais, do ordenamento estrangeiro ou pátrio, dos usos e costumes ou regras de negócios.

A convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula arbitral/compromissória e o compromisso arbitral. A arbitragem convencionalizada antes do litígio é denominada cláusula arbitral, podendo ser vazia/em branco/patológica ou cheia. Na primeira, não existem requisitos mínimos estabelecidos, ao surgir o conflito é necessário a realização de um compromisso arbitral. Na segunda, existem requisitos mínimos que

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juízo arbitral e a ação de nulidade. *In*: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei n. 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 72.

²⁷⁰ FIUZA, César. **Direito Civil**: cursos completos. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 404.

possibilitam a instauração do procedimento arbitral, podendo ser institucional/administrada ou avulsa/ad hoc.

Deste modo, a cláusula arbitral cheia institucional é aquela em que uma instituição especializada é indicada para administrar a arbitragem, com as regras procedimentais impostas pela instituição escolhida. Por sua vez, a cláusula arbitral cheia avulsa é aquela em que as partes e os árbitros realizam a administração da arbitragem e estabelecem as regras sobre o procedimento arbitral. É oportuno asseverar que a arbitragem avulsa possui um risco de nulidade substancialmente maior, considerando que as partes disporão sobre o procedimento.

Insta destacar que se a cláusula arbitral não permitir a extração da certeza acerca da escolha pelos contratantes da arbitragem para solução da controvérsia está será inválida, conseqüentemente, o acesso a jurisdição estatal poderá ocorrer por iniciativa de qualquer uma das partes. Essa cláusula compromissória recebe o nome de cláusula arbitral patológica/doente/defeituosa/imperfeita/incompleta.

A arbitragem convencionada depois do litígio é denominada compromisso arbitral, que se subdivide em judicial e extrajudicial. No primeiro, as partes decidem encerrar o procedimento judicial em andamento e submeter o conflito existente a uma solução arbitral. No segundo, as partes decidem submeter o conflito existente a uma solução arbitral.

As partes podem escolher quais normas de direito material serão aplicadas pelo árbitro. Assim, a arbitragem pode ser de direito, de equidade²⁷¹, pela aplicação dos princípios gerais de direito e pelos usos e costumes. Insta salientar que, a escolha da regra aplicável ao caso encontra óbices nas normas de ordem pública nacional e nos bons costumes. Caso não escolham uma dessas possibilidades, o direito aplicado será o nacional, nos termos do artigo 9º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro.

É oportuno observar que, a autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade. Francisco dos Santos Amaral Neto²⁷² explica que “autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos”.

A exequibilidade é outra característica da arbitragem que atrai as empresas, vez que a sentença arbitral pode ser executada facilmente nas mais diversas jurisdições que ratificaram a

²⁷¹ Na arbitragem por equidade, o árbitro aplica a solução que lhe parece razoável, coerente e justo, ainda que exista lei disciplinando a matéria, desde que não se trate de norma cogente.

²⁷² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 45-46.

Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, se comparada com a sentença judicial.

O procedimento arbitral, em regra, é mais célere do que o procedimento judicial, por três fatores, a especialidade do julgador, a disponibilidade de tempo do julgador à solução do litígio e a ausência de recursos. A capacidade técnica do julgador permite que a compreensão e a tomada da decisão sobre a demanda sejam realizadas com maior rapidez.

Em relação ao tempo dedicado a lide, o magistrado é obrigado a receber o processo, mesmo estando sobrecarregado. De outra forma, o árbitro, caso entenda que não possui tempo suficiente para dedicar-se à função, pode declinar o convite, permitindo que as partes procurem outro árbitro para solucionar a lide.

No que se refere à ausência de recursos, em regra, o procedimento arbitral é realizado em instância única, cabendo apenas Pedidos de Esclarecimento – equivalente aos embargos de declaração no procedimento judicial. Importante observar que existem instituições, como a Câmara de Comércio Internacional, que possuem um mecanismo de escrutínio prévio da sentença, no entanto, mesmo neste exemplo, quando as partes têm acesso à sentença, esta já é final.

Thiago Rodovalho²⁷³ sustenta que:

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais câmaras arbitrais é de pouco mais de um ano de duração, com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas chamadas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas Pedido de Esclarecimento (assemelhado aos embargos de declaração, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito.

A arbitragem propicia às partes a possibilidade de escolher um julgador baseado em sua experiência prévia em relação ao tema a ser tratado. Em outras palavras, as partes podem escolher árbitros *experts* na matéria do litígio.

Por fim, a confidencialidade é característica comum do procedimento arbitral, ao contrário do procedimento judicial em que a regra é a publicidade. As partes esperam que o conflito existente não seja exposto ao público, bem como que as informações referentes à solução da lide não se tornem públicas.

²⁷³ RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. In: MOTTA JR., Ademar. et. al. **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CFAOB/CACB, 2015, p. 16.

Torna-se oportuno ressaltar que a confidencialidade não tem previsão na Lei de Arbitragem, geralmente, o caráter sigiloso do procedimento arbitral está expresso nos regulamentos das câmaras de arbitragem ou em cláusulas de confidencialidade. A mencionada Lei, no parágrafo único do artigo 22-C, estipula apenas que “no cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”.

Segundo Carlos Alberto Carmona²⁷⁴, durante o procedimento arbitral existe a denominada “relação de coordenação (e não subordinação) entre árbitro e juiz, para efeito de tornar o último eficaz às determinações do primeiro”.

Insta destacar que, a confidencialidade deve ser afastada quando a Administração Pública ocupar um dos polos processuais do procedimento arbitral, por força do princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

A sentença arbitral proferida pelo árbitro é impositiva, não se sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, e configura título executivo judicial, nos termos do inciso VII do artigo 515 do Código de Processo Civil. Oportuno destacar que a via arbitral não ostenta a característica da coercibilidade e autoexecutoriedade. Deste modo, caso a decisão do árbitro não seja cumprida, a parte deve recorrer ao Poder Judiciário a fim de emprestar força coercitiva ao respectivo comando, por meio da Carta Arbitral.

Outrossim, a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do artigo 31 da Lei de Arbitragem.

A arbitragem importa renúncia à via judiciária e pode ser utilizada em várias áreas do Direito relativas a questões que envolvam bens patrimoniais disponíveis, que tenham valor econômico e que possam ser transacionados, tais como: cível, comercial, imobiliário, agronegócios, trabalhista, consumidor, contratos em geral e, principalmente, empresarial internacional.

As vantagens indicadas em relação ao uso da arbitragem são a rapidez (celeridade), especialização (qualificação técnica e profissional dos árbitros), informalidade (liberdade das partes em determinar as regras procedimentais), a confidencialidade (sigilo) e a irrecorribilidade. O Comitê Brasileiro de Arbitragem²⁷⁵ realizou, em 2011, pesquisa que aponta a celeridade, em primeiro lugar, o caráter técnico e a qualidade das decisões, em

²⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 264.

²⁷⁵ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil: Pesquisa CBar-Ipsos**. 2012. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. p. 11 e 14. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

segundo lugar, e a possibilidade de indicar ou participar da escolha de um árbitro, como as maiores vantagens concretas da utilização da arbitragem em comparação ao processo judicial.

Importante destacar que, o uso da arbitragem confere impacto econômico positivo, reduzindo os custos da transação, vez que desestimula a ação de agentes oportunistas, considerando que eventual descumprimento contratual acarretará em uma responsabilização, de forma célere e eficiente, desestimulando atos de má-fé ou oportunistas das partes. Neste sentido, Mariana de Souza Saraiva²⁷⁶ aduz que:

A eficiência do corpo legal disponível e o processamento adequado e célere de eventuais demandas estabelecem benefícios econômicos às relações contratuais, reduzindo os custos de transação, conferindo estabilidade aos agentes em suas transações.

Pedro Silveira Campos Soares e Flávia Bittar Neves²⁷⁷ ao abordarem o tema sustentam que:

O reflexo das soluções de conflito na economia das organizações tem gerado preocupação entre os empresários. Os custos dos litígios influenciam a otimização dos recursos e do retorno financeiro dos negócios, comprometendo não somente os resultados econômicos, mas também a imagem institucional da empresa no mercado. [...] Com efeito, a escolha da arbitragem é influenciada pelos aspectos econômicos do negócio, sendo elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato e implicando a diminuição dos custos de transação dos contratos complexos.

Ao analisar o tema Roberto Portugal Bacellar, assevera que:

A arbitragem pode auxiliar no desenvolvimento econômico do Brasil e, nessa linha de raciocínio, para muitas contratações ao investidor que deseja investir e assumir uma concessão, por exemplo, é de extrema importância a possibilidade de utilização da arbitragem, na medida em que, como investidor privado, conhecendo a morosidade do Poder Judiciário e podendo até escolher Câmara arbitral especializada, passará a sentir mais segurança para promover investimentos em projetos de infraestrutura de transporte, saneamento, energia e saúde, entre outros. Aos olhos do investidor, bem aplicada, de acordo com os princípios éticos que a devem orientar, a arbitragem ganha força e importância e pode representar segurança de que o contrato será respeitado, bem como os conflitos envolvendo a contratação serão resolvidos (por convenção das partes) de forma mais célere, por árbitros especializados e de acordo com a especificação do procedimento e prazos estabelecidos.

²⁷⁶ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 118.

²⁷⁷ SOARES, Pedro Silveira Campos; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e custos da transação dos contratos complexos. In: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). **Revista de Arbitragem- Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez 2012, p. 21.

A mesma pesquisa também apontou as maiores desvantagens em relação ao uso da arbitragem. Em terceiro lugar aparece a ausência de recursos, em segundo lugar, a dificuldade para a integração de terceiros à arbitragem e, em primeiro, o custo elevado do procedimento arbitral.

Em regra, a maior parte do custo é pago logo no seu início do procedimento arbitral, com vistas a garantir o seu custeio total. Na arbitragem não é possível a justiça gratuita, tendo em vista que as câmaras e árbitros precisam ser remunerados para o exercício de suas funções, bem como eventuais despesas com perícias e honorários de assistentes técnicos.

Questão controversa que envolve os custos da arbitragem é a situação na qual, no momento da celebração da convenção arbitral, ambas as partes possuíam condições de arcar com os custos do procedimento arbitral, mas quando o conflito surge uma das partes não possui condições financeiras para custear a arbitragem. Neste caso, estar-se-ia impedindo o acesso à justiça? Diante do conflito entre os princípios da autonomia privada e do acesso à justiça, a convenção de arbitragem poderia ser invalidada ou afastada?

Napoleão Casado Filho²⁷⁸ defende que:

A incapacidade financeira de uma das partes de pagar os custos do procedimento arbitral não deve ser encarada como causa de nulidade superveniente da convenção de arbitragem. Primeiro, porque os custos do procedimento são conhecidos desde a assinatura da convenção arbitral. Segundo, porque o sistema arbitral não possui preocupação política com acesso.

Em sentido contrário, Mariana de Souza Saraiva²⁷⁹ entende que o afastamento da convenção de arbitragem é possível desde que: “a parte comprove inequivocamente a sua ausência de condições para arcar com as custas ou financiar sua demanda, seja pelo financiamento de terceiros, seja por métodos convencionais de empréstimo”.

Deste modo, verifica-se que o princípio da obrigatoriedade contratual não tem o condão de impedir o acesso à justiça, a parte poderia socorrer-se da intervenção judicial para anular a convenção ou declará-la ineficaz.

Todavia, a solução mais apropriada seria a harmonização dos princípios da autonomia privada e do acesso à justiça, ou seja, a parte solicitaria uma intervenção judicial no conteúdo do contrato para tornar o procedimento arbitral menos custoso, como por exemplo, modificando a quantidade de árbitros. Portanto, é perfeitamente viável a alteração da

²⁷⁸ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e Acesso à Justiça: o novo paradigma do *third party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106.

²⁷⁹ SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário no intuito de adequá-la a realidade da demanda.

Importante ressaltar que a intervenção judicial deve ser realizada de forma racional e sistêmica, analisando-se os diversos aspectos envolvidos na relação, a fim de evitar um resultado que traga prejuízos às partes.

Outras soluções viáveis para as partes seriam a troca da Câmara Arbitral por outra de menor custo ou uma arbitragem *ad hoc* ou, ainda, o financiamento da arbitragem por terceiros.

O financiamento da arbitragem por terceiros eliminaria a desvantagem de um procedimento arbitral, bem como, é a solução para a preservação da convenção de arbitragem. Sobre o assunto, Marcelo Roberto Ferro²⁸⁰ e Niccolò Landi²⁸¹ explicam, respectivamente, que:

Se é verdade que a arbitragem é uma justiça privada, e que não existe serviço público de justiça arbitral, isso não significa que ela seja apenas para partes abastadas, sendo desejável admitir-se o financiamento por terceiros como uma ferramenta útil à socialização do acesso à justiça a demandantes desprovidos de caixa para litigar.

O efeito social do financiamento por terceiros é particularmente importante para pequenas e médias empresas que, em um momento de crise econômica, pode ser o único meio de dar acesso ao procedimento de arbitragem e atenuar o risco de derrota em um procedimento arbitral.

No entanto, o financiamento da arbitragem por terceiros apresenta alguns riscos e problemas, quais sejam: quebra da confidencialidade, o dever de revelação, estímulo de demandas frívolas e a ausência de regulamentação.

Importante destacar que, em princípio, não existe nenhum impedimento legal para a utilização do financiamento de terceiros no Brasil, embora não exista lei que o estabeleça, a materialização do instituto ocorrerá através de um contrato atípico que deve observar as normas gerais fixadas pelo Código de Processo Civil.

Outrossim, o financiador pode ser qualquer pessoa capaz, vez que se trata de um investimento de risco e não uma operação financeira. Todavia, o motivo do financiamento não

²⁸⁰ FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de et al. (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 639.

²⁸¹ LANDI, Niccolò. The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – Na Overview. *In*: **Austrian Yearbook on International Arbitration 2012**. Viena: Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1246208-n?q=%22The%20Arbitrator%20and%20the%20Arbitration%20Procedure%3A%20Third%20Party%20Funding%20in%20International%20Commercial%20Arbitration%22>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

pode ter fins ilícitos e nem almejar fraudar direitos da outra parte ou causar tumultos processuais infundados. Ademais, o financiador não deve possuir qualquer ligação com os árbitros, os advogados e a parte adversa.

Além disso, em regra, o financiamento é celebrado antes ou no início da instituição da arbitragem, mas nada impede que o momento da contratação do financiamento seja realizado posteriormente.

O terceiro-financiador para avaliar a viabilidade do negócio deve ter acesso às informações e aos documentos do caso, vez que só aceitará financiar o procedimento arbitral caso vislumbre eventual êxito da demanda. A concessão de informações para o pretense financiador só caracterizaria quebra do dever de confiabilidade/sigilo da parte e enseja o dever de reparação pelo descumprimento da obrigação, caso a convenção de arbitragem preveja, de forma expressa, cláusula que impossibilite o financiamento por terceiros. Se a convenção de arbitragem contiver esta cláusula cabe à parte, fazendo uso da boa-fé, avisar a outra sobre a intenção de utilizar o financiamento e pedir sua autorização.

Mariana de Souza Saraiva²⁸² esclarece que:

Obviamente, a convenção sobre a impossibilidade de uso do TPF não poderia ser afastada nos casos de mera conveniência econômica de qualquer das partes, possuidora de recursos para pagamento da arbitragem, vez que nessas situações prevaleceria o que fora pactuado a partir da autonomia privada das partes.

Outro ponto que merece reflexão é o dever de revelação sobre o financiamento de terceiro pela parte financiada aos árbitros e a parte contrária, considerando-se que, geralmente, o contrato de financiamento de terceiro possui cláusula de confidencialidade, pois o sigilo da própria operação é essencial.

O artigo 14, § 1º, da Lei n. 9307/96 estabelece o dever de revelação aos árbitros, ou seja, o árbitro deve revelar qualquer fato que denote dúvida justificada quanto a sua independência ou imparcialidade. Deste modo, para que o árbitro cumpra referido dever, a parte financiada, considerando o dever de cooperação, deve fornecer as informações necessárias para que o árbitro possa constatar se existe algum motivo para revelação.

De igual modo, a revelação deve ser realizada à parte contrária, pois sua ausência gera um desequilíbrio de informações entre as partes e prejudica a parte desconhecadora, na medida em que obsta a possibilidade de melhor determinar suas estratégias dentro do

²⁸² SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 98.

procedimento arbitral. Insta destacar que, não é necessário revelar detalhes sobre o contrato de financiamento, basta informar a identidade do financiador.

Neste sentido, Napoleão Casado Filho assevera que:

Em casos de financiamento por terceiros, a regra da confidencialidade deve ser relativizada e o dever de revelação deve ser privilegiado. No entanto, tal revelação deve recair apenas sobre as informações essenciais para a análise de uma eventual influência no Tribunal Arbitral.

De forma mais sucinta, deve a parte financiada informar que possui um parceiro financeiro no procedimento e identifica-lo. Detalhes sobre a precificação do financiamento e outras cláusulas devem ser preservados, dado o caráter estratégico para o financiado e irrelevante para a parte adversa e o tribunal analisarem um eventual conflito de interesses.

Desta maneira, ainda que o dever de revelação não esteja previsto expressamente na legislação brasileira, na convenção arbitral ou no regulamento das câmaras de arbitragem, a obrigação de informar a existência de financiador mostra-se obrigatória, pois, além dos motivos apontados, dá cumprimento ao dever de boa-fé da parte e preserva a utilidade do procedimento e a validade da sentença arbitral que, conseqüentemente, garante os interesses do financiador e do financiado, na medida em que evita futura alegação de nulidade.

Por último, há quem defenda que o financiamento de terceiros poderia incentivar à litigiosidade, propiciando a propositura de ações abusivas ou banais. No entanto, tal argumento não prospera, vez que o financiador da demanda realiza profunda análise sobre o caso com o intuito de verificar as possibilidades reais de êxito da demanda, ou seja, não se arriscaria a aventuras jurídicas. Os financiadores podem ser considerados um filtro contra pretensões improcedentes, pois rejeitam o financiamento quando a causa tem baixa probabilidade de sucesso.

CONCLUSÃO

Os conceitos de democracia e de justiça se relacionam desde a antiguidade até a atualidade, vez que as ideias de justiça guardam relação com as mudanças no modo em que as esferas sociais têm sido concebidas. Em outras palavras, as mudanças ocorridas na sociedade levam a alterações nas ideias acerca da justiça.

A democracia tornou-se o nome do governo que garante o caminho para a igualdade, conquistando nesse sentido, o que se assemelha a um monopólio global. A história das ideias de justiça demonstra que a justiça, desde a Idade Antiga e pré-filosófica, relacionava, de modo geral, a justiça com a noção de reciprocidade. Na Modernidade, a justiça ganhou um conceito utilitarista, no qual esta era um instrumento a serviço da utilidade, ou seja, uma ferramenta cujo propósito era fornecer uma estrutura que estimularia a produção de bens para a satisfação dos humanos. Por último, a justiça social, fundada inicialmente no princípio do merecimento, posteriormente no princípio da necessidade e por fim como equidade, cujo foco é a divisão do produto social. A concepção de justiça ideal seria a justiça social que abrangesse o conceito de relações sociais de respeito mútuo e de reciprocidade entre os cidadãos.

O conflito é algo intrínseco à sociedade, pois desacordos e problemas podem surgir em todos os relacionamentos. A crescente judicialização das questões sociais, políticas, econômicas, ambientais, consumeristas e de outros conflitos de interesses individuais e coletivos, após a Constituição Federal de 1988, associado a problemas estruturais do Poder Judiciário, geraram um congestionamento no sistema jurisdicional.

Nesse cenário, a Emenda Constitucional nº 45/2004 e o Código de Processo Civil de 2015, realizaram significativas modificações estruturais, institucionais, procedimentais e de recursos humanos para tornar o sistema judiciário brasileiro mais transparente e eficiente. No entanto, no intuito de fornecer ao jurisdicionado uma resposta mais célere e efetiva, e com base nos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da duração razoável do processo, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu instrumentos processuais voltados à valorização dos precedentes, sem pensar no sistema normativo brasileiro como um todo.

Da análise dos institutos mencionados no capítulo 2, é perceptível a existência de contradições, o que demonstra possível assistemática. Os contrastes normativos são evidentes, vez que a eficácia vinculante das decisões proferidas no julgamento do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas é atribuída por norma infraconstitucional. Enquanto que a eficácia vinculante dos enunciados de súmula

vinculante e das decisões de controle concentrado de constitucionalidade é estabelecida por norma constitucional. Evidente, portanto, o descompasso entre os institutos na atribuição do efeito vinculante pelo legislador.

Além disso, é possível constatar que o incidente de resolução de demandas repetitivas viola alguns princípios constitucionais do processo decorrentes da cláusula do devido processo legal, quais sejam: a independência funcional dos magistrados e a separação funcional dos Poderes; o contraditório; o direito de ação; e o sistema de competências da Constituição Federal.

Outrossim, os recursos extraordinários repetitivos inviabilizaram a edição de novas súmulas vinculantes, vez que essas pressupõem reiteradas decisões sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que deixará de ocorrer considerando que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário repetitivo atende ao requisito de admissibilidade da repercussão geral e possui efeito vinculante. Isso demonstra o descompasso dos institutos, bem como que as inovações oriundas do Código de Processo Civil não foram pensadas de forma sistêmica.

Na realidade, o Código de Processo Civil de 2015 buscou gerar racionalidade, procurando certa coerência decisória entre os diversos níveis do judiciário, por meio dos institutos mencionados. No entanto, considerando as controvérsias apontadas, o que resta patente é a necessidade de um trato mais sistemático no ordenamento jurídico brasileiro.

Os resultados atingidos pela Reforma do Judiciário e pelo novo Código de Processo Civil não foram significativos e suficientes, motivo pelo qual os institutos que compõem o sistema de julgamento de demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais, quais sejam: a repercussão geral dos recursos extraordinários, a súmula vinculante, o rito de julgamento de recursos excepcionais repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, não evitarão o necessário empreendimento de novos esforços na busca de outras estratégias de tratamento de conflitos, cuja base consensuada possibilite à sociedade retomar a autonomia perdida, conquistando a possibilidade de encontrar respostas para suas demandas.

Outrossim, o número total de processos sobrestados, vinculados aos institutos acima mencionados, totalizam 2.671.087 feitos em todo o País, o que corresponde a mais de 2,8% de todos os processos pendentes no Poder Judiciário nacional. Deste modo, as inovações realizadas, ainda que satisfatórias, não resolvem o problema da ausência do acesso à ordem jurídica justa para resolução da lide.

No Brasil, o sistema principal e preferido para a resolução dos conflitos é o jurisdicional a cargo dos juízes togados. No entanto, insta destacar que o Poder Judiciário é uma possibilidade dentre várias vias aptas à solução dos litígios. Assim, a ideia de monopólio judiciário do controle jurisdicional deve ser ressignificada, não se limitando o acesso ao Judiciário, mas se estendendo, também, às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado e administrativo.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, representa um direito à ação da parte que almeje buscar a solução do conflito perante a jurisdição do Poder Judiciário. Não se trata de um dever de resolução da lide exclusivamente pelo judiciário.

Deste modo, o sistema multiportas de tutela jurídica brasileira está em compasso com a nova concepção de acesso à justiça, sob um viés pluralista e democrático de resolução dos conflitos, mais adequado às necessidades da sociedade contemporânea, consubstanciado no acesso à ordem jurídica justa, pluralista, democrática e acessível a todos.

A negociação, conciliação, mediação e arbitragem como métodos alternativos de resolução de conflito são a solução para o acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável. Os métodos em questão são aplicáveis a vários ramos do direito, inclusive na Administração Pública, ressalvado o interesse público primário. Além disso, os métodos em comento são utilizados na fase pré-jurisdicionalização do conflito, mas também podem ser utilizados no curso do processo. Neste sentido, é de suma importância destacar que o Conselho Nacional de Justiça adota a conciliação e a mediação como política permanente. Em 2018, foram solucionados 11,5% de processos via conciliação.

Outrossim, a disponibilização dos métodos alternativos de resolução de conflito não basta, tendo em vista que, entre 2015 e 2018, o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 percentual, o que demonstra uma estagnação dos índices de conciliação. Assim, é necessário difundir na sociedade a existência dos referidos métodos, suas peculiaridades, suas desvantagens e seus benefícios, bem como a possibilidade de escolha destes métodos no surgimento do conflito.

Outrossim, é imprescindível o rompimento da cultura da sentença enraizada na consciência popular para a cultura da pacificação, através do incentivo a mudança da mentalidade adversarial, bem como da quebra de paradigmas na praxe dos operadores do direito e de toda a sociedade.

A inserção da educação, voltada à cultura do consenso incorporado nos lares e nas escolas como mecanismo mais adequado de resolução de impasses, bem como a inserção dos

métodos alternativos de resolução de conflito como disciplina obrigatória e autônoma nas grades curriculares dos cursos de Direito e a cobrança obrigatória da mencionada matéria nos concursos públicos das carreiras jurídicas e no exame da Ordem dos Advogados do Brasil são sugestões que almejam a modificação da cultura do litígio para uma cultura do diálogo/da colaboração.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente e resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** Revista de Processo - RePro vol. 240/p. 221-242, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2020.
- ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia sagrada: Antigo Testamento.** São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. **Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do judiciário.** Trabalho apresentado no evento Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Direito GV, Universidade de Winsconsin e ABDI, nov. 2010.
- ALLORIO, Enrico. **Sulla Dottrina Della Giurisdizione e del Giudicato**, v. II. Milano: A. Giufre, 1957.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Da irretroatividade da condição suspensiva no Direito Civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; BARBOSA, Claudia Maria. **Teoria dos Precedentes e sua incompatibilidade com o Sistema Deliberativo dos Tribunais Superiores.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 861-888, dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773>>. Acesso em: 08 fev. 2020.
- ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** VALLANDRO, Tradução de Leonel Bornheim Gerd. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARRUDA ALVIM. **Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material.** Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/2016/04/annotacoes-sobre-as-perplexidades-e-os-caminhos-do-processo-civil-contemporaneo-sua-evolucao-ao-lado-da-do-direito-material/>> Acesso em: 05.01.2020.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2016.

- BAETGE, Dietmar. **Germany, Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation**. v. 15, 2014. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2020.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa**: Escritos e discursos seletivos. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.
- BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Moraes. 1974.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- BLANC, Louis Jean Joseph Charles. **A organização do trabalho**, 1839.
- BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BURIL, Lucas. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In. **Julgamento de casos Repetitivos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10. Salvador: JusPodium, 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo: comentários à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 931-932.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e Acesso à Justiça: o novo paradigma do *third party funding***. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÍCERO, Marco Tulio. **Das Leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, v. II**. Campinas: Bookseller, 2002.

CHURCHILL, Winston Leonard Spencer. **Discurso proferido no dia 11 de novembro de 1947 na Câmara dos Comuns do parlamento britânico**.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Arbitragem no Brasil: Pesquisa CBar-Ipsos**. 2012. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. p. 11 e 14. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019** (ano-base de 2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 6 out. 2019.

_____. Resolução nº 125, de 29 de novembro 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>: Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. **Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

_____. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true>, acesso em: 02/03/2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 98, 1998.

_____. **Direito administrativo inglês**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1988.

CROOK, Malcolm. **Elections in the French Revolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Educação, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: Tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Ed. RT, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Jus Podvm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. Vol II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado. Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUNN, John. **A História da Democracia**. São Paulo: Editora Unifesp, 2016.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRZYNSZPAN, Mario. **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins fontes, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. **Political Works**. Organização e tradução de A. G. Wernham. Oxford: Clarendon Press, 1958.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas. **Revista dos Tribunais**, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de et al. (Coord.). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula Vinculante e a Lei 11417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema. **Revista Brasileira de Direito Público**, 2007.

FISHER, Rogerf; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. RIBEIRO, Vera; Borges, Ana Luiza. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil**: cursos completos. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA, Philip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público**: Gestão Pública, Controle Judicial e Consequencialismo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006, p. 128-129.

FUX, Luiz. **O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às Crises das Leis, da Justiça e do Ensino Jurídico**. Revista BDJur. Brasília-DF, 1998. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8659>> Acesso em: 06 dez. 2017.

GALANTER, Marc. **Why the Haves Come Out Ahead?: Speculations on the Limits of Legal Change**. Law and Society Review, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Republicação (com correções) em Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 165-230. Disponível em: <<https://lawforlife.org.uk/wp-content/uploads/2013/05/whythehavescomeoutahead-33.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020, p. 97-98.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I, 1999, p. 167.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *In: Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor / Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord).* – São Paulo: Atlas, 2006.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito USP: 2017.

GUINCHARD, Serge. **Droit Processuel**. Droits fondamentaux du process. Paris: Dalloz, 2011.

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HANKS, Abraham Lincoln. **Discurso proferido na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg** em 19 de novembro de 1863.

HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, junho, 2004.

HOBBS, Thomas. **Behemoth ou o Longo Parlamento**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

_____. **De Cive: The English Version**. Org. Howard Warrender. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. **Leviathan**. Project Gutenberg Ebook: British Columbia, 2002.

HOMERO. **Iliad**. Tradução de Richmond Lattimore. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1951.

HUME, David. **An Enquiry Concerning the Principles of Morals**. Project Gutenberg Ebook. 2010.

JOHNSTON, David. **Breve história da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

JORGE, Flávio Cheim; SÁRTORIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Rodrigues J. Mereghe. Acrópolis versão para Ebooks.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Immanuel. **The Metaphysics of Morals**. Tradução de Mary Gregor. Cambridge: University Press, 1991, p.56.

KOERNER, Andrei. **O debate sobre a reforma judiciária**. São Paulo: CEBRAP, 1999.

LANDI, Niccolò. The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – Na Overview. *In: Austrian Yearbook on International Arbitration 2012*. Viena: Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2012. Disponível em: <<http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1246208-n?q=%22The%20Arbitrator%20and%20the%20Arbitration%20Procedure%3A%20Third%20Party%20Funding%20in%20International%20Commercial%20Arbitration%22>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, n. 145. Jul-set. 1981.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEMES, Selma M. Ferraira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

LEMOES, Vinicius Silva. **O incidente de assunção de competência: da conceituação à procedimentabilidade**. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. A desistência no microsistema de formação de precedentes. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 13, n. 97, set/out/2015.

LORENCINI, Marcos Antônio Garcia Lopes. **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos alternativos de solução de controvérsia**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADISON, James; HAMINTON, James; JAY, John. **O Federalista**. Rio de Janeiro: TYP. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp. 1840.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAGALHÃES, Rodrigo de Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral: Aspectos controversos e regramento dogmático**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. v. 223, p. 115-131, jan./mar. 2002, p. 19. Disponível em: <http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/o_contrato_administrativo_e_a_lei_de_arbitragem.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

_____. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975**. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

MARINS, James. ARRUDA ALVIM, Eduardo. ALVIM, Thereza. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

MARX, Karl. **Critique of the Gotha Program**. The Marx-Engels Reader. 2. ed. Nova York: Norton, 1978.

MASAGÃO, Mario. **Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**. Tese (Livre docência em Direito Administrativo e ciência da Administração) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1972.

MATUMOTO, Fernanda Garcia Velasquez. O acesso à justiça à luz da teoria crítica do direito. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**. Paraná, v. 6, p. 161-170, jul./dez. 2003.

MAZZOLA, Marcelo. PINHO, Humberto Dall Bernardina. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: 2019, p. 62.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de; WAMBIER; Teresa Arruda Alvim. **Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau**. Revista de Processo. n. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

_____. WAMBIER, Luiz Rodriguez; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista dos Advogados**, Ano XXVII n. 92 julho de 2007. São Paulo: AASP Associação dos Advogados de São Paulo, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MESQUITA, Ignácio Botelho de. **Da Ação Civil**. São Paulo: RT, 1975.

MILLAR, Fergus. **The Roman Republic in Political Thought**. Hanover: University Press of New England, 2002.

MILES, John C. **The Babylonian Laws**, v. 2. Oxford: Clarendon Press, 1955.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. Coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedentes: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**. v. 27, 2005.

MUÑOS, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos em el proceso civil español. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 3, v. 3, jan-jun. 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21674/16013>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. **Código de Processo Civil comentado**, 3. ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999

PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. São Paulo: Edipro, 2005

PAULMY, René-Louis de Voyer de (marquês d'Argenson). **Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France**. 2. ed. Amsterdã: Marc Michel Rey, 1784.

PEDROSO, João Antônio Fernandes. **Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção**. Tese de Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. 2011, p. 142. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/22583/1/Tese_Joao%20Pedroso.pdf Acesso em 20.10.2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016

PLATÃO. **A República**. Tradução de Anna Lia Amaral de A. Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PLATO. **The Dialogues of Plato in five volumes (1892) volume III: The Republic**, VI, 488-489. Oxford University Press, 1892.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**: volume 2. São Paulo: RT, vol. 2, 2014.

RENNÓ, Leandro. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. *In*: MOTTA JR., Ademar. et. al. **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CFAOB/CACB, 2015.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos?. *In*. **Ação civil pública após 30 anos**. MILARÉ, Édís (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SAINT-SIMON, Henry. **The Reorganization of the European Community**. Social Organization, the Science of Man, and Other Writings. Tradução de Felix Markham. Nova York: Harper & Row, 1964.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. **Revista de Direitos Difusos**. vol. 36. Direito Processual Coletivo I, mar./abr. 2006, p. 13-31.

_____. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: Novas técnicas decisórias. *In*: **O Novo Código de Processo Civil** – Questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. I, 2010, p. 67.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**, 2007, p. 24. Disponível em: <[http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA .pd f](http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA_pd_f)>. Acesso em: 15.10.2019.

SARAIVA, Mariana de Souza. **O financiamento por terceiros na arbitragem e o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem: mediação, conciliação e negociação**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre a filosofia e seu método**. São Paulo: Hedra, 2010.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Londres: George Allen & Unwin, 1950.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **Consideração preliminares sobre o que é o Terceiro Estado.**, 1789. Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTAD O%20Sieyes.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 1963.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitrabilidade nos contratos com a Administração Pública**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

SMITH, Reginald Heber. **Justice and the Poor: A study of the present denial of justice to the poor and of the agencies making more equal their position before the law with particular reference to legal aid work in the United States**. New York: The Carnegie Foundation for the Advancement for Teaching, 1919.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the nature and causes of the wealth of Nations**. São Paulo: Metalibri Digital Library, 2007.

SOARES, Pedro Silveira Campos; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e custos da transação dos contratos complexos. *In*: CARVALHO, Lucila de Oliveira (Coord.). **Revista de Arbitragem- Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Del Rey, jul./dez 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

SPENCER, Herbet. **The Principles of Ethics**. v. 2. Nova York: D. Appleton, 1898.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

_____. **Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC**. Revista Estudos Institucionais. v. 2, nº. 1, 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39/47>> Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. ABBOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Revista Consultor Jurídico. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Acesso em: 07 nov. 2020.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos. *In*: **Julgamento de Casos Repetitivos**. Col. Grandes Temas do Novo CPC. DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodium, 2017.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto, 1938. **Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. O juízo arbitral e a ação de nulidade. *In*: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). **Arbitragem 15 anos da Lei n. 9.307/96**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Revista Forense. 2014.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2013.

VASCONCELOS, Carlos. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro, 2018.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Ata da 139ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: 17 ago. 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *In*: **Direito jurisprudencial**. p. 11-95. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLIN, Sheldon. **Tocqueville between Two Worlds: The Making of a Political and Theoretical Life.** Princeton: Princeton University Press, 2001.