

O CONSENSO NOS BRAÇOS DO LEVIATÃ: OS CAMINHOS DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA IMPLANTAÇÃO DE MECANISMOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Carlos Alberto de Salles*

Sumário: 1. Nos braços do Leviatã: a crítica ao modelo estatista de implantação de mecanismos de consenso no Judiciário brasileiro; 2. A opção “estatista” do novo Código de Processo Civil; 3. A inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada; 4. Sentido e conteúdo da inafastabilidade da tutela jurisdicional; 4.a. Pressupostos processuais; 4.b. A constitucionalidade da arbitragem; 5. A jurisdição e suas alternativas; 6. Conclusão.

1. NOS BRAÇOS DO LEVIATÃ: A CRÍTICA AO MODELO ESTATISTA DE IMPLANTAÇÃO DE MECANISMOS DE CONSENSO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.



referência à emblemática figura consagrada por Thomas Hobbes para simbolizar o Estado,¹ necessário para afastar a luta de todos contra todos em nossa sociedade, serve aqui para denunciar a opção injustificadamente estatista, que domina o debate acerca da implementação de mecanismos alternativos/adequados² de resolução de controvérsias (MASCs) junto ao Poder

*Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mestre, Doutor e Livre-docente pela USP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹ Versão anterior deste artigo aguarda publicação em coletânea a ser publicada pela Editora Lúmen Juris, Rio de Janeiro, Brasil.

² Destacando a transição da designação de mecanismos “alternativos” para “adequados”, cf. MENKEL-MEADOW, Carrie. Mothers and Fathers of Invention: The

Judiciário no Brasil. É como se, bem a propósito da solução e prevenção de conflitos, ainda precisássemos, mais de trezentos anos depois de falecimento de Hobbes, de um Estado onipotente para tutelar os cidadãos, mesmo quando se trata de pleno exercício da comunicação humana com vista ao exercício da autonomia da vontade.

Não seria possível e viável remeter as partes a entendimentos “fora” do Judiciário e aceitar os resultados, limitações e sucessos, que elas lograssem obter no exercício de suas autonomias de vontade?

Tal “estatismo”, que trai certo paternalismo, sempre presente em nossa cultura política, tem por base, um duplo equívoco de avaliação a respeito dos MASCs e de sua relação com o Poder Judiciário. Em primeiro lugar, subestima os custos implicados nesses mecanismos, especialmente se forem pautados em critérios de qualidade e eficiência. Há custos envolvidos na cuidadosa formação que terceiros neutros, mediadores ou conciliadores, precisam ter e, evidentemente, há a necessidade que esse pessoal tenha uma adequada retribuição pelo trabalho que realizam. Em segundo lugar, se superestima a capacidade do Judiciário nacional, sozinho, arcar com toda essa tarefa, disponibilizando os recursos pessoais e materiais necessários ao adequado funcionamento de instrumentos aptos a facilitar a formação de soluções consensuais entre as partes.

É verdade que o Judiciário poderá, em médio e longo prazo, se beneficiar da redução do número de processos decorrente do funcionamento desses mecanismos. Todavia, em um primeiro momento, sua implantação significa uma ampliação do

Intellectual Founders of ADR. *Ohio Statet. Journal on Dispute Resolution*, n. 16 (2000), p. 1/37. Sobre o assunto, v., também, do autor SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 77/79. Nessa ordem de raciocínio, o próprio princípio do acesso à Justiça poderia ser relido como o acesso a um mecanismo adequado de Justiça. Neste artigo, se mantém a designação “alternativo/adequado” para destacar a alternatividade em relação ao Poder Judiciário, aqui em foco.

serviço prestado pelo aparato judiciário do Estado, com os custos dele decorrentes. Dizendo de modo diferente, nessa perspectiva, o Judiciário, além de propiciar o serviço de solução de disputas de forma adjudicada, por meio de sentenças judiciais, passa a fornecer o serviço de facilitação de comunicação entre as partes para atingir uma solução de comum acordo. Há uma ampliação dos serviços prestados, sem que haja a devida preocupação com os recursos necessários para sustentá-la.

O presente artigo não quer esvaziar a função que o Judiciário efetivamente tem – e deve ter – na implementação dos MASCs, mas busca demonstrar, adicionalmente, que não é adequado e necessário contar apenas com soluções consistente na incorporação desses mecanismos ao aparato judiciário do Estado, sendo possível criar instrumentos para incentivar as partes a buscarem soluções de consenso, mesmo fora do âmbito judicial e mesmo estatal.

Em especial, pretende-se demonstrar como o novo Código de Processo Civil, entrado em vigor em 2016, também, preferiu a opção do estatismo, deixando para o Judiciário o encargo de promover conciliação e mediação prévias em todos os processos entrados, inviabilizando, na prática, em grande parte dos órgãos jurisdicionais,³ a utilização desses mecanismos de consenso. Com isso, deixou de lado uma interpretação mais ousada de nossa ordem constitucional e mais apta a impulsionar

³ A propósito, vide o pioneiro levantamento realizado em MENDONÇA, Fernando Hideki. *Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar*. São Paulo: USP. Tese de Láurea, 2016. O autor examinou 50 decisões de recebimento da inicial, colhidas aleatoriamente, no período de maio a junho de 2016, de cada uma das varas cíveis do Foro Central da Comarca de São Paulo. Dessas decisões, em apenas 12% (doze por cento) houve designação da audiência preliminar de mediação ou conciliação do artigo 334 do novo CPC. Segundo foi analisado, maior parte das decisões adotaram vários fundamentos para afastar a designação da audiência preliminar, sendo que 32% (trinta e dois por cento) das decisões invocaram a falta de estrutura material e humana para realização da audiência. Outro fundamento, presente em 40% (quarenta por cento) das decisões, remete para o inciso V, do artigo 139, do CPC/2015, para dizer que, estando entre as obrigações do juiz promover a autocomposição das partes, a audiência era prescindível.

soluções de maior funcionalidade.

Em termos mais precisos, busca-se evidenciar como a obrigatoriedade de as partes se submeterem a uma tentativa de solução consensual, não precisaria ser colocada como etapa do processo judicial, a ser realizada “dentro” do Poder Judiciário. Ao contrário, busca-se afirmar que exigência de demonstração pelas partes de uma tentativa de solução consensual não constituiria uma violação à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

2. A OPÇÃO “ESTATISTA” DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 realizou, em relação aos MASCs, uma opção que pode ser chamada de “estatista”, no sentido de ter preferido albergar no interior do aparato judiciário do Estado a obrigação de colocá-los em funcionamento, como etapa inicial do processo. O novo código criou a obrigatoriedade de uma “audiência” de conciliação ou de mediação, a ser designada pelo juiz, servindo como ponto inaugural do processo judicial na jurisdição cível.

Essa obrigatoriedade, é certo, precisa ser bem entendida. Embora, tenha-se chegado a tratá-la de uma “obrigatoriedade branda”,⁴ esse posicionamento não faz sentido, pois “essa categoria jurídica não parece aceitar meio termo, possuindo um sentido binário, vale ou não vale. O que a torna peculiar, na verdade, é a forma como ela atua para o juiz, reflete no interesse das partes e produz eficácia no âmbito do processo”.⁵

De maneira curiosa, o CPC/2015 prevê grave sanção

⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª. edição. São Paulo: Método, 2015, p. 269.

⁵ SALLES, Carlos Alberto de e MEGNA, Bruno Lopes. *Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação*. In YARSHELL, Flávio Luiz e PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Direito Intertemporal*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 122.

para o não comparecimento da parte na audiência preliminar (ato atentatório à dignidade da Justiça, artigo 334, parágrafo 8º.), mas não estabelece nenhuma sanção de cunho processual (e.g., a nulidade ou a preclusão) para a ausência de realização da audiência prevista. Com isso não se vislumbra consequência alguma decorrente da não realização da audiência de mediação ou conciliação.⁶

Por outro lado, a não realização da audiência é sempre franqueada às partes, que podem manifestar o desinteresse na oportunidade de composição consensual, na inicial e por petição do réu (artigo 334, parágrafos 4º., inciso I, e 6º., CPC/2015), dependente, sempre, da manifestação no mesmo sentido de todos os litisconsortes (parágrafo 6º.). Contrariamente, para o juiz, em tese, a audiência é sempre obrigatória, devendo designá-la se estiverem presentes dos requisitos da petição inicial e não for caso de improcedência liminar. Todavia, como referido, não existe sanção processual para sua não designação e a matéria nem mesmo é impugnável por agravo de instrumento (artigo 1.015, CPC/2015).

Da maneira como está formulada, a obrigatoriedade de uma tentativa de solução consensual, que poderia servir de alavanca para utilização dos MASCS, acaba fadada ao insucesso, seja pelo desuso, seja pelas disfuncionalidades que pode gerar no desenvolvimento do processo, com a possibilidade de um acréscimo na demora de tramitação ou com a submissão das partes a mediadores/conciliadores despreparados.

A opção do novel código de processo poderia de sido outra, exigindo das partes a realização e documentação de uma tentativa de solução consensual previa e externamente ao processo judicial. Para tanto, mostra-se necessário superar algumas noções limitadas e ultrapassadas quanto à garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

⁶ Cf. SALLES e MEGNA, *op. cit.*, p. 122.

3. A INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL RECOLOCADA

Para que se possa pensar a implantação dos MASCs para além dos estreitos limites da prestação do serviço judiciário do Estado, é preciso compreender o exato conteúdo e limites da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira, em especial diante da possibilidade de imposição da utilização compulsória de mecanismos ditos alternativos ou adequados de solução de controvérsias,⁷ como alternativa às inovações introduzidas a esse propósito pelo Código de Processo Civil de 1915. Mais exatamente, é preciso ter-se em foco a conveniência e a viabilidade constitucional do desenvolvimento de políticas restritivas ao acesso à Justiça, baseadas na remessa das partes para soluções alternativas. Essas políticas são aqui colocadas como forma de solucionar – ou, pelo menos, minorar – a crise do Poder Judiciário,⁸ com o objetivo de permitir respostas mais ágeis e adequadas à solução de conflitos.⁹

Tais questões somente têm sentido se a garantia

⁷ O autor revisita, neste artigo, as reflexões que foram expostas no seguinte artigo: SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 779/792. Esse artigo, cuja publicação precedeu em dez anos a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, traz questões ainda de grande atualidade, na medida em que a novel legislação fez opções bastante tímidas em relação ao entendimento de *inafastabilidade* subjacente às opções adotadas no novo diploma processual.

⁸ Para uma avaliação da crise mencionada, vide os levantamentos estatísticos, de 2016, realizados pelo programa “Justiça em Números” do CNJ, disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> (acessado em 01.03.2017).

⁹ “A lentidão processual explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais, e aí está o motivo pelo qual o fenômeno da *Alternative Dispute Resolution* (ADR, na sigla atual) encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência”. Barbosa Moreira, José Carlos. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 03.

constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional puder ser entendida de forma a permitir a assimilação pelo sistema jurídico de mecanismos alternativos à prestação do serviço judiciário pelo Estado. Nesse sentido, a questão da inafastabilidade prossegue atual, tornando necessária uma consideração teórica, capaz de responder à necessidade de utilização de meios alternativos/adequados de solução de controvérsias.¹⁰ Não se trata de enfraquecer a garantia constitucional, mas de apontar caminhos para seu o correto entendimento face aos desafios colocados por uma realidade constante transformação da atividade jurisdicional do Estado brasileiro.¹¹

O próprio conceito de jurisdição, nesse contexto, resta fortemente impactado, com vários elementos centrais à sua definição colocados em xeque.¹² Alguns dos chamados mecanismos alternativos de solução de controvérsias propõem-se a substituir inteira e definitivamente a jurisdição estatal. Outros se colocam como requisitos à prestação de jurisdição pelo Estado, apresentam-se como sucedâneos válidos a seu exercício ou trazem-lhe uma completa inversão de objetivos, no sentido de dar ênfase às soluções consensuais.

Nessa perspectiva, detalhada nos itens subsequentes, uma aplicação literal da garantia constitucional em estudo pode inviabilizar uma utilização mais eficiente de mecanismos alternativos, apresentados como resposta aos problemas de sobrecarga do Judiciário brasileiro. Assim, este trabalho toma por pressuposto a afirmação de que o conceito de inafastabilidade da

¹⁰ Embora faltem estatísticas para comprovar tal afirmação, alguns fatos apontam nesse sentido. Vários mecanismos legislativos, a esse propósito, apontam nesse sentido. Em primeiro lugar deve-se destacar a Resolução n. 215, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça. O novo Código de Processo Civil, de 2015, também, trouxe vários dispositivos contemplando mecanismos consensuais de solução de controvérsias. Por fim, a Lei de Medição (Lei 13.140/2015) trouxe uma disciplina específica para essa matéria.

¹¹ As mudanças legislativas apontadas na nota anterior são um indicativo dessas transformações.

¹² V., do autor, SALLES, op. cit., p. 85/99.

tutela jurisdicional merece uma consideração diversa daquela advinda de um entendimento literal do texto constitucional, devendo ser recolocada de maneira a tornar-se mais consentâneo com as necessidades do Judiciário contemporâneo.

O problema da inafastabilidade teve grande apelo, despertando a atenção do Direito Processual,¹³ durante os períodos de instabilidade democrática e constitucional vividos pelo país, em especial após a ascensão do regime militar de 1964.¹⁴ A sucessão de Atos Institucionais e Complementares, secundados por emendas constitucionais também de cunho autoritário, limitaram de forma sensível essa garantia constitucional.¹⁵

A democrática Constituição de 1946 havia introduzido de forma expressa a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional no direito brasileiro (art. 141, parágrafo 4º)¹⁶, ausente do texto das constituições anteriores, das quais se poderia apenas inferir essa norma, não colocada de forma expressa.¹⁷

Sob o enfoque de garantia contra o arbítrio e remédio contra aventuras antidemocráticas, a inafastabilidade é, de fato, elemento fundamental do Estado de Direito, constituindo um

¹³ Na doutrina de processo, v. Kazuo Watanabe. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980; e Ada Pellegrini Grinover. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

¹⁴ Para um relato das limitações impostas a esta garantia pela ditadura militar, v. Watanabe, *op. cit.*, p. 39/48.

¹⁵ O Ato Institucional 05/68 tornara insuscetíveis de apreciação judicial todos os atos praticados com base nos Atos Institucionais baixados pela ditadura. Ainda sob o regime da Constituição anterior, a Emenda Constitucional 11 veio a revogar todos os Atos Institucionais, mas ressalvou expressamente “os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. Também a Emenda 7/1977, parte do chamado “pacote de abril”, também havia trazido limitações a garantia constitucional estudada. Para um relato das limitações autoritárias à garantia de inafastabilidade, v. Watanabe, *op. cit.*, p. 15/16 (nota 38 e 40).

¹⁶ O dispositivo constitucional tinha a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

¹⁷ Nesse sentido, Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1974, p. 109; também, Watanabe, *op. cit.*, p. 27.

instrumento indispensável à efetividade dos direitos, sendo imprescindível sua presença no rol constitucional de direitos fundamentais. Importante, nesse sentido, a irrestrita dicção dada pela vigente constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV).

Em regimes de normalidade democrática, essa norma pouco mais significa que um marco normativo e uma referência histórica fundamental para o balizamento do sistema jurídico. Norma cuja importância não se discute, mas em relação à qual não surgem maiores controvérsias quanto à sua interpretação. Em tais condições, o comando constitucional não desperta maiores complicações e sua aplicação pouco tem de problemática.

O desafio colocado presentemente, no entanto, surge do crescimento, nos últimos anos, da utilização de mecanismos alternativos/adequados de solução de controvérsias como medidas de substituição ou de apoio à jurisdição estatal, incorporando-os de forma definitiva ao ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, a pioneira edição da Resolução n. 215, de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, seguida pelos dispositivos a respeito desse tema do novo Código de Processo Civil e, por fim, a Lei de Medição (Lei 13.140/2015).

A referida crise da jurisdição estatal reforça a necessidade de se lançar mão de mecanismos alternativos. Tal crise não é apenas relacionada ao grande número de feitos, mas também qualitativa, isto é, referida à adequação das soluções produzidas pelo sistema estatal.¹⁸ Se nos Estados Unidos, apenas uma pequena quantidade de casos chega às cortes e desses apenas uma pequena porcentagem chega a julgamento, sendo resolvidos precocemente através de acordo,¹⁹ no Brasil ainda que não haja

¹⁸ Cf. Marc Galanter. *Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*. *Denver University Law Review*, vol. 66 (1989), n. 3, p. xii.

¹⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de direito processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 165/169; no mesmo sentido, Kazuo Watanabe. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In YARSHELL, Flávio Luiz e Moraes, ZANOIDE,

estatísticas globais a esse propósito, é intuitivo afirmar que a grande maioria dos processos absorvidos pela máquina judiciária estatal termina com uma decisão judicial, após longa instrução e esgotamento de vias recursais.

Mesmo considerando não ser a experiência estrangeira um parâmetro necessário, sabedores de estarem em jogo diferentes condicionantes institucionais e culturas jurídicas²⁰, forçoso reconhecer a oportunidade de qualquer iniciativa no sentido criar alternativas para a solução de conflitos fora do aparato judiciário estatal ou, ao menos, com menor dispêndio de recursos, de tempo e de pessoal. Diante desse quadro, surgem propostas que vão de tornar compulsório o esgotamento prévio de mecanismos tendentes à promoção de uma solução amigável à obrigatoriedade do recurso a vias alternativas.

Uma questão prévia a ser colocada em um plano estritamente jurídico é, exatamente, saber até que ponto tais mecanismos e propostas são viáveis diante da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional e podem ser adotadas sem ofensa à Constituição. O presente trabalho discute e propõe algumas respostas para essa indagação.

4. SENTIDO E CONTEÚDO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A norma constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, também conhecida como princípio da proteção

Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 688. Confirmando a informação, mas posicionado-se criticamente v. Owen Fiss. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121/145.

²⁰ Na sempre oportuna lição de José Carlos Barbosa Moreira, “no caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas - o brasileiro, de linhagem europeia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito afeiçoado à formação jurisprudencial do direito.” *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 09/10.

judiciária²¹ ou a ubiquidade da justiça,²² conduz, em primeira leitura, à afirmação de estarem vedadas quaisquer formas de exclusão de apreciação de litígios pelo Poder Judiciário. Não obstante a norma mencione que “a lei não excluirá”, o comando constitucional deve e vem sendo entendido no sentido de obrigar não apenas ao legislador, mas, também, ao aplicador do direito, juiz ou administrador, impedindo qualquer forma de limitação à prestação jurisdicional estatal. A lei não excluirá, mas também não o poderá fazer o juiz na decisão de um caso ou o administrador público por ato administrativo ou regulamentar.²³

Para além da vedação expressa, a garantia do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, pode ser entendida como “direito à prestação jurisdicional”.²⁴ Quer dizer, a regra constitucional estabelece uma proibição à restrição do acesso à justiça, mas garante, também, por via transversa, o direito de acesso à prestação jurisdicional do Estado diante de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito.

A partir da vigência da norma introduzida expressamente em nosso sistema pela Constituição de 1946,²⁵ cogitou-se tratar a garantia apenas daqueles direitos do indivíduo contra o Estado, no sentido de direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos. O dissídio interpretativo instaurou-se em razão da menção a direito “individual”, então existente, mas não

²¹ V. Grinover, *op. cit.*, p. 19.

²² Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 108.

²³ Dito de outra forma: “os legisladores ordinários nenhuma regra podem editar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que exclua (coisa julgada material) a cognição pelo Poder Judiciário, se a *res deducta* é direito individual. Não se diz que não haja coisa julgada administrativa; o que se enuncia é que a lei não pode excluir o exame judicial, ainda que para verificar se houve aquela coisa julgada. Por outro lado, tratando-se de discussão em torno de direito individual, não se conformando com o decidido, pode propor ação individual”. Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 108/109.

²⁴ Grinover, *op. cit.*, p. 18. José Alfredo de Oliveira Baracho (Processo e constituição: o devido processo legal. Revista de Direito Público, n. 68, outubro/dezembro de 1983, p. 74) fala em “direito à jurisdição” para se referir a garantia estudada.

²⁵ V. nota 11, acima.

presente na Carta vigente.²⁶ Com o desenvolvimento da discussão, consolidou-se a posição de a garantia abranger lesão de direito em sentido lato, incluindo aqueles em que pessoas privadas fossem sujeitos ativos ou passivos. A referência constitucional passou a ser entendida como indicativa da matéria que poderia ser *res in iudicium deducta*.²⁷

O atual conteúdo da cláusula constitucional não pode ser entendido apenas sob a ótica da vedação constitucional. Deve-se considerar, também, o aspecto da obrigação de prestação do serviço pelo Estado. Nesse sentido, a garantia adquire uma feição prestacional,²⁸ isto é, não de simples garantia passiva, mas de uma prestação a ser ativamente prestada pelo Estado.²⁹

É necessário, portanto, entender a garantia da inafastabilidade sob o duplo enfoque, de vedação constitucional e prestação devida pelo Estado ao jurisdicionado.

Vista a questão sob a lógica exclusiva da vedação, limita-se o alcance da problemática e o sentido da garantia constitucional no contexto da sociedade e do Estado contemporâneos. A prestação jurisdicional, implicitamente garantida pela norma constitucional, é o dado mais relevante a ser considerado na atual interpretação do preceito. Não significa esvaziar de sentido a proibição de exclusão de apreciação judicial, marco essencial do sistema e fundamental contra aventuras autoritárias, mas de

²⁶ Colocando essa discussão e se posicionando pela interpretação mais abrangente, v. M. Seabra Fagundes. Bancos – liquidação extrajudicial – competência do Poder Judiciário. Revista Forense, vol. 173 (setembro-outubro de 1957), p. 107/112. Esse parecer, versando sobre uma limitação legal relacionada à liquidação extrajudicial de instituições financeiras, é referência frequente para os que escreveram posteriormente sobre o tema.

²⁷ A colocação é de Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 107/108; também Grinover, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Sobre a noção de direitos prestacionais, v. Marcos Maselli Gouvêa. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7/13; 33/143.

²⁹ Discutindo os reflexos para o Judiciário das mudanças de orientação do Estado contemporâneo de uma noção de “liberdade negativa” para outra de “liberdade positiva”, v. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência? *Revista da USP*, n. 21 (março/maio de 1994), p. 12/21.

reforçar e dar correto entendimento ao caráter prestacional da norma.

Esse enfoque permite um alargamento do entendimento dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias diante da garantia da inafastabilidade. Quer dizer, estes deixam de ser considerados como formas de exclusão ou limitação da jurisdição estatal para passarem a ser vistos como instrumentos auxiliares desta última no atingimento de seu objetivo de prestar universalmente serviços de solução de controvérsias. Vistos dessa maneira, os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela somam-se, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário.

Pode-se objetar, no entanto, a ocorrência de inconstitucionalidade em uma exclusão, absoluta ou temporária, do acesso à justiça naquelas situações de obrigatoriedade de utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, seja pela vontade das partes, como seria o caso da arbitragem, seja pela remissão das partes a mecanismos prévios de conciliação extrajudicial, como chegou a ser cogitado nas discussões que antecederam a Lei de Mediação.³⁰

Esta foi a posição do Supremo Tribunal Federal – STF ao apreciar a constitucionalidade do artigo 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, introduzido pela Lei 9.958/2000, e dar interpretação conforme à norma, para afastar a obrigatoriedade de submissão das partes às Comissões de Conciliação Prévia.

O STF, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI n. 2.139-7,³¹ entendeu que a referida norma deveria ser lida no sentido que suas regras “não encerram obrigatoriedade a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é a

³⁰ Nesse sentido os Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) 94/2002 – Senado Federal; e o Projeto de Lei (PL) 4827-b/1998 – Câmara, não incorporados, nesse aspecto à Lei 13.140/2015.

³¹ Reunindo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 2.160-5 e 2.148-6.

revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia”.³²

Esse precedente, entretanto, deve ser entendido em suas especificidades e diante do contexto existente à época da decisão pelo Supremo. Na análise desse caso, há de se considerar as deficiências institucionais das Comissões de Conciliação Prévia, da forma como foram criadas pela lei, deixando o reclamante trabalhista em situação de grande dependência em relação aos sindicatos responsáveis por aqueles órgãos de conciliação.

Tanto é verdade que a posição firmada naquela ADI não pode ser tomada por definitiva, que o STF, no Recurso Extraordinário n. 631.240, amplamente respaldou a legitimidade do requisito de prévio requerimento administrativo em casos envolvendo a Previdência Social. Segundo o STF, sem o prévio requerimento e resposta do INSS em tempo hábil, o autor da ação previdenciária não tem interesse de agir.

No mesmo sentido andou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, consolidada em Recursos Especiais Repetitivos, nos quais se firmaram os temas 42 [*“falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido”*], 43 [*“na ação cautelar para exibição de documentos societários, o interesse de agir é demonstrado pela apresentação de cópia do requerimento formal na via administrativa e do comprovante de pagamento dos custos correspondentes à emissão dos documentos societários, quando exigido pela empresa”*] e 366 [*“(…) a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo”, conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240/MG, sob o rito do artigo 543-B do CPC, observadas “as situações de ressalva e fórmula de transição a ser aplicada nas ações já ajuizadas até a conclusão do aludido julgamento (03/9/2014)”*].

Assim, bem examinadas a doutrina e jurisprudência

³² Conforme voto vencedor do Min. Marco Aurélio de Mello.

brasileiras, a resposta que vem sendo dada à indagação quanto à possibilidade de limitações eventuais ao acesso à Justiça deve ser tida positiva. Aliás, é o que se pode extrair da análise da arbitragem e do condicionamento do provimento de mérito a requisitos para sua obtenção.

4.a. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Primeiro, cabe lembrar que para obter uma prestação jurisdicional, no sistema processual civil brasileiro, em processo de conhecimento ou de execução, deverá o autor demonstrar o preenchimento de determinados requisitos, os chamados pressupostos processuais e as condições da ação.³³ Muito embora, parte da doutrina separe entre direito constitucional de ação – incondicionado – e direito processual de ação – condicionado – , a verdade é que para obter uma resposta judicial dotada de utilidade para satisfação da pretensão formulada, o autor deverá demonstrar o preenchimento desses requisitos.³⁴

Não parecem os pressupostos ou condições da ação serem ontologicamente diferentes de outros requisitos, que poderiam ser estabelecidos, como aqueles consistentes em impor às partes a obrigação de lançar mão, previamente, de meios alternativos de solução de controvérsias para ter acesso à prestação jurisdicional estatal. Note-se, a propósito, tratar apenas de um requisito, não propriamente uma exclusão da apreciação judicial.

Compare-se, a título de exemplo, o pressuposto processual consistente na capacidade postulatória. Fora dos juizados

³³ Incluindo as condições da ação entre os pressupostos processuais, v. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. v.2. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 620/622.

³⁴ Cf. Watanabe, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999. p. 76/93; Suzana Henriques da Costa. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 39/42; sobre pressupostos processuais, v. Barbosa Moreira, José Carlos. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. 83/93.

especiais, a parte deverá comparecer em juízo representada por um advogado. A representação por advogado é, portanto, um requisito a ser preenchido pela parte para obter uma resposta jurisdicional. Não obstante esse requisito possa constituir um sério óbice ao acesso à justiça, notadamente pelos custos envolvidos, por certo determinante do afastamento de muitas pessoas do recurso ao serviço judiciário estatal, não se questiona sua constitucionalidade sob o argumento da inafastabilidade.

Claro, a questão de fundo nesse caso é a de saber a conveniência de os interesses estarem representados em juízo por profissionais treinados para esse fim.³⁵ Essa matéria é objeto de deliberação legislativa, na qual se fixa uma determinada política em relação à questão. Por exemplo, dispensando a presença do advogado no juizado especial e exigindo-a no regime do Código de Processo Civil.

O mesmo parece ocorrer no caso de condicionar-se o acesso ao Judiciário à prévia realização de uma mediação, de uma avaliação de um terceiro neutro, de uma comissão de conciliação prévia ou de outro instrumento alternativo.³⁶ Está em jogo matéria de política a ser definida pelo legislador que deverá dizer se medidas como essas são viáveis e em que casos elas serão adequadas. Fora essa questão, objeto de deliberação legislativa, não se pode alegar a existência de vedação na garantia de inafastabilidade.

4.b. A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Outro importante marco, a demonstrar a negativa de um caráter absoluto à garantia constitucional da inafastabilidade da

³⁵ Sobre a profissionalização dos sujeitos envolvidos no processo, cf. José Reinaldo de Lima Lopes. Uma introdução histórica e social política do Processo. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 247/278.

³⁶ V., a propósito, os temas, definidos pelo STJ e reproduzidos acima, sobre a legitimidade de determinados elementos caracterizadores do interesse de agir do autor.

tutela jurisdicional, é o reconhecimento da constitucionalidade da arbitragem no Brasil. Nesse caso, ocorre a exclusão ou renúncia voluntária da jurisdição estatal, por força da vontade das partes, admitindo-se não existir violação ao princípio constitucional em razão de pacto dessa ordem estabelecido entre as partes. Tal hipótese, ocorrente em relação à arbitragem, pode também se vislumbrar em algumas outras situações.

A esse respeito, é fundamental a decisão do STF reconhecendo a constitucionalidade da lei de arbitragem.³⁷ A Corte Suprema estabeleceu, a esse propósito, um correto entendimento do dispositivo constitucional estudado neste artigo.

O voto vencedor do Ministro Nelson Jobim ilustra de maneira bastante didática a posição do Supremo a respeito dessa temática:

(...) “a constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos à específica relação contratual, rigidamente determináveis.

Há renúncia relativa à jurisdição.

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.”

³⁷ Sentença Estrangeira n. 5206 (Agravo Regimental). Julgamento: 12.12.2001. Tribunal Pleno. Com a maioria, reconhecendo a constitucionalidade, votaram os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso Mello. Votaram vencidos, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Segundo a posição adotada, portanto, não há violação ao dispositivo constitucional em razão do pacto convencionado entre as partes para excluir, por renúncia, a jurisdição estatal. Preocupa-se o voto acima referido com a possibilidade de renúncia “abstrata”, referindo-se àquela de caráter geral, apta a excluir o acesso à jurisdição de qualquer litígio que venha a se estabelecer entre as partes contratantes.

Na arbitragem, de fato, não se cogita de exclusão geral do acesso à jurisdição estatal. Fosse assim, por certo haveria inconstitucionalidade. Por essa razão, a convenção arbitral deve ser relativa a um litígio determinado, circunscrito a uma determinada relação jurídica. Situação diversa – e indesejada – seria aquela decorrente de cláusula geral, excluindo, de forma indeterminada, a possibilidade de as partes levarem à apreciação judicial qualquer litígio que viesse a surgir entre elas, como destacado no voto em comento.

O voto vencedor do Ministro Ilmar Galvão, no mesmo julgado, acresce o relevante argumento de a cláusula arbitral não ter o condão de afastar a jurisdicionalização da arbitragem. Destaca o Ministro que judicial é o remédio à resistência de uma das partes, como também judicial é a execução da sentença proferida em sede arbitral, além do controle jurisdicional de sua validade (artigos 32 e 33 da Lei 9.307/96).

Assim, a vedação constitucional, no que toca à possibilidade de exclusão por vontade das partes, deve ser entendida como dirigida apenas àquela geral e abstrata, isto é, que afaste a apreciação judicial de um número indeterminado de casos e impeça qualquer forma de prestação judicial.

Verifica-se, portanto, de toda a discussão acima colocada, ser inviável uma interpretação literal da garantia da inafastabilidade de tutela jurisdicional. Necessário dar-lhe a amplitude adequada e consentânea àqueles mecanismos que, longe de limitá-la e excluí-la, servem como medidas para sua complementação, permitindo soluções mais rápidas e adequadas.

5. A JURISDIÇÃO E SUAS ALTERNATIVAS.

A assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos de solução de conflitos, como dito acima, leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição.³⁸ Por certo, a consideração contemporânea desse instituto tenderá a ressaltar suas características de função e atividade e abrandar sua consideração enquanto poder estatal.³⁹

De fato, introduzindo-se no objeto de estudo dos juristas e, em especial, dos processualistas novas formas de solução de controvérsias, não inseridas na burocracia judiciária estatal, o enfoque da jurisdição naturalmente recairá sobre sua função de pacificação social e atividade, caracterizada enquanto método de solucionar disputas.⁴⁰

Dessa maneira, em uma definição alargada, o conceito de jurisdição poderá contemplar mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ainda que não abrigados no aparato judiciário do Estado.

Aceitar a inclusão no conceito de jurisdição de mecanismos não judiciais de solução de conflitos permite uma interpretação mais próxima das finalidades da norma de inafastabilidade discutida acima. Afinal, o objetivo do legislador constitucional não é outro senão aquele de propiciar uma resposta adequada a qualquer ameaça ou lesão a direito.⁴¹ A jurisdição estatal, nessa abordagem, deve ser vista como um recurso final, uma maneira

³⁸ Sobre essa mesma temática, do autor, v. SALLES, *op. cit.*, p. 85/107.

³⁹ Sobre o conceito de jurisdição, v. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131/132. Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 115/117.

⁴⁰ Dando ao processo o sentido de um método de produção de decisões, v. Michele Taruffo. *Giudizio: Processo, decisione*. In BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta e TARUFFO, Michele. *I Metodi della Giustizia Civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 267/290.

⁴¹ Watanabe, *op. cit.*, p. 79/85.

de obter uma palavra final acerca de uma determinada controvérsia. A alternativa judicial deixa de significar, entretanto, a saída melhor ou necessária de solucionar uma controvérsia.

O modo judicial de solução de controvérsias deve ser visto como umas das formas dentro de um universo de alternativas parcial ou totalmente direcionadas aos mesmos fins.⁴²

O reconhecimento dessa realidade permite melhor enquadrar a escolha e o momento de se recorrer a um determinado mecanismo de solução de conflitos. Isso possibilita, em longo prazo, uma redução da sobrecarga do Judiciário, mas também tem a real importância de propiciar canais para uma resposta mais adequada à situação do interessado.

A preocupação, ressalte-se, não é apenas de custo e duração do processo, mas também de adequação da qualidade da resposta dada por um determinado mecanismo, levando em conta a maneira como atua sobre uma situação concreta. Considere-se, por exemplo, as vantagens de um encaminhamento psicoterapêutico para a solução de um caso de família ou de um procedimento arbitral, conduzido por um painel de especialistas, para a decisão de uma intrincada disputa comercial.

Para uma abordagem comparativa entre mecanismos alternativos de solução de controvérsias, cabe remeter a algumas advertências de MARC GALANTER a seguir sintetizadas:⁴³

- a. o fato de se tratar de mecanismos alternativos não os isenta de problemas pela simples razão de sua alternatividade, sendo o grande desafio investigar e demonstrar a qualidade – ou não – desses mecanismos;
- b. não há uma separação absoluta entre os mecanismos alternativos e as formas jurisdicionais tradicionais. A maior parte desses mecanismos não opera em instituições autônomas e

⁴² Destacando essa natural pluralidade de meios, dentro daquilo que designa como uma “larga ecologia” de mecanismos de solução de controvérsias, v. Marc Galanter. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi/xiv.

⁴³ Galanter, *op. cit.*, p. xiii/xiv.

independentemente de sanções legais. Contrariamente, eles estão próximos a instituições jurídicas e dependem de normas e sanções legais, operando à sombra de uma possível solução judicial – e da despesa e risco implicados em se obter isso;

- c. a discussão acerca de mecanismos alternativos articulados de maneira sistemática não pode eclipsar a existência de outros mecanismos sociais de solução de conflitos, habitualmente atuantes em sociedade, como igrejas, escolas e hospitais entre outras;
- d. mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Para Galanter, há neles um “*short form formalism*”,⁴⁴ quer dizer, as amarras legais e processuais, para aplicação normativa, são mais flexíveis, não significando, entretanto, um decréscimo na participação de profissionais, mas uma troca de profissionais. Por exemplo, de juristas por psicólogos ou assistentes sociais em questões de família;
- e. sendo possível admitir a presença de uma lesão ou ameaça em vários tipos de disputas e cabíveis soluções por várias instituições e formas de processo, não se pode afirmar que a escolha de um determinado mecanismo de solução seja exclusivamente técnica, devendo-se admitir a existência de uma escolha política ao se definir o melhor tipo de resposta a ser dada para determinados tipos de disputa.

Tomando em consideração as advertências acima destacadas, é possível, primeiramente, concluir pela coincidência de fins entre a jurisdição estatal e as alternativas a ela propostas, sendo a solução de conflitos o núcleo de ambas. Suas diferenças são, sobretudo, pautadas em questões de forma e qualidade, as quais são relativas à maneira como produzem uma resposta para uma determinada situação conflitiva.

Com isso, não sem alguns cuidados, é possível colocar em exame a adequação de um meio de solução de conflitos em

⁴⁴ “Formalismo de formas reduzidas”, em tradução livre.

relação a uma situação concretamente considerada. Esse juízo de adequação, como apontado, por falta de critérios de comparação definidos e assentes, não é exclusivamente técnico, implicando, em grande parte, uma escolha, fundada em valores reputados importantes para o contexto no qual a controvérsia está inserida.

Não há razão de ordem prática ou jurídica, em todo caso, a permitir a afirmação da precedência das formas judiciais sobre as demais. Tal precedência não encontra razão técnica ou jurídica a justificá-la.

Nesse sentido, cabe observar, também, que, se levarmos em conta a totalidade dos conflitos surgidos em sociedade, não encontraremos uma predominância das formas judiciais. Por certo, apenas um pequeno número das controvérsias surgidas em sociedade é levado a juízo, sendo as demais solucionadas por composição direta entre as partes, desistência de uma delas, intermediação de terceiros e outras formas jurídicas ou simplesmente sociais de por fim ao litígio.⁴⁵

Para fins da questão central levantada pelo presente artigo, qual seja, a de saber quanto à viabilidade jurídica de se restringir o acesso à justiça em benefício de mecanismos alternativos, deve-se considerar a existência de um forte elemento de opção política no tipo de proposta em exame. Não por outra razão, fala-se em políticas de limitação de acesso à justiça, buscando evidenciar não se cuidar de escolhas estritamente técnicas, mas submetidas direta ou indiretamente a critérios valorativos e condicionados a limites jurídicos.

6. CONCLUSÃO.

A implementação de mecanismos alternativos /

⁴⁵ Cf, Marc Galanter. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: LIPSON, Leon e WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 151/164.

adequados de solução de controvérsias (MASCs), no Brasil, como se procurou demonstrar, pode ser pensada e implantada fora dos braços de Leviatã, isto é, para além dos limites do Estado juiz, de maneira a não significar mais um encargo, que pode ser superior aos benefícios que deles se obteria. Como demonstrado, há condições jurídicas e constitucionais a permitir a utilização desses mecanismos fora dos limites do Estado.

A opção “estatista” adotada pelo novo Código de Processo Civil, pela qual a tentativa obrigatória de solução consensual deve ser realizada necessariamente dentro do aparato judiciário do Estado, não pode ser vista como a única juridicamente viável, podendo ser revista com a adoção de medidas mais ágeis e adequadas à capacidade de o Judiciário prestar esse novo serviço. Da maneira como a matéria está hoje regulada pela disciplina processual, corre-se o risco de reverter os esforços de implantação dos mecanismos consensuais na mais absoluta ineficácia, seja pela não obediência à norma, seja pela baixa qualidade dos serviços prestados pelo aparato estatal.

Isto não significa que o Judiciário não possa e deva ter um aparato próprio de mecanismos consensuais. Significa apenas que eles não precisam – e talvez não devam – ser exclusivos, no sentido de absorver todas as demandas cíveis. A princípio, a legislação deveria remeter as partes a uma tentativa direta e externa ao Judiciário de solução do conflito. Feito isso, um aparato judiciário, bem montado e treinado, poderia servir ao juiz para um adequado gerenciamento do processo, que permitisse remeter a eles aqueles casos em que a solução de consenso de mostrasse viável.

Sem dúvida, os MASCs podem ser vistos com instrumentos de auxílio e complementação do serviço judiciário prestado pelo Estado. Mesmo quando substituem a jurisdição estatal – como no caso da arbitragem – ou são colocados como requisitos à prestação da tutela jurisdicional estatal – como se discute em relação à mediação ou a conciliação – não podem ser vistos

como obstáculos ao exercício da garantia de acesso à Justiça, prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

O direito à prestação da tutela jurisdicional, implícito na mesma norma constitucional, deve conduzir sua interpretação, de forma a não deixar qualquer disputa em sociedade sem o remédio adequado. Assim, a conceituação da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional ganha relevância, impondo um reexame de seu conteúdo, como proposto neste artigo.

Os MASCs devem ser entendidos como sucedâneos válidos da jurisdição estatal. É necessário, portanto, que o processo civil crie mecanismos aptos a permitir a convivência integrada da jurisdição estatal com os mecanismos de solução de controvérsias de variada espécie, sem a pretensão de que esses venham a ser completamente absorvidos por ela.

Trata-se, na verdade, de caminhar para uma nova concepção de jurisdição, não compreendida a partir do monopólio do Estado, mas concebida como uma entre várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade. Nesse sentido, a jurisdição estatal deve ser vista como um dos instrumentos, entre os vários existentes com a mesma finalidade. Respeitadas as garantias básicas da Constituição Federal, deve-se emprestar inteira validade e condições de efetividade aos mecanismos alternativos à jurisdição estatal.

Pode-se, ousando estender a afirmação de José Carlos Barbosa Moreira em relação à arbitragem, sustentar que, na aceitação de meios alternativos de solução de controvérsias “o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização*”,⁴⁶ não havendo qualquer perda ao direcionamento público que deve pautar o processo civil contemporâneo.

⁴⁶ Barbosa Moreira, *Privatização*, *op. cit.*, p. 11.



7. BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*, n. 68, outubro/dezembro de 1983, p. 71/79.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Temas de direito processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COSTA, Susana Henriques. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DINAMARCO Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.2. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 620/622.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAGUNDES, Seabra. Bancos – liquidação extrajudicial – competência do Poder Judiciário. *Revista Forense*, vol. 173 (setembro-outubro de 1957), p. 107/112.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: Um Princípio em Decadência? *Revista da USP*, n. 21 (março/maio de 1994), p. 12/21.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related

- phenomena. In: LIPSON, Leon e WHEELER, Stanton. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 151/164.
- _____. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute resolution. *Denver University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1989, p. xi/xiv.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução histórica e social política do Processo. In WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 247/278.
- MENDONÇA, Fernando Hideki. *Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar*. São Paulo: USP. Tese de Láurea, 2016.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 16 (2000), p. 1/37.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1974.
- SALLES, Carlos Alberto de e MEGNA, Bruno Lopes. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação. In YARSELL, Flávio Luiz e PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Direito Intertemporal*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 111/132.
- SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson

- e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 779/792.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª. edição. São Paulo: Método, 2015.
- TARUFFO Michele. Giudizio: Processo, decisione. In BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta e TARUFFO, Michele. *I Metodi della Giustizia Civile*. Padova: CEDAM, 2000, p. 267/290.
- WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In YARSHELL, Flávio Luiz e Moraes, ZANOIDE, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 688.
- _____. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.