



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO

ANA CAROLINA FERNANDES MASCARENHAS

AUTONOMIA PRIVADA E AUTOCOMPOSIÇÃO
EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS

Salvador
2009

ANA CAROLINA FERNANDES MASCARENHAS

**AUTONOMIA PRIVADA E AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL
DOS LITÍGIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho.

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CAROLINA FERNANDES MASCARENHAS

AUTONOMIA PRIVADA E AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Fredie Souza Didier Júnior
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Daniel Francisco Mitidiero
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Salvador, 30 de janeiro de 2009

A Deus, luz do meu caminho, por me guiar em todos os momentos. A intensidade do seu amor é que me fortalece todos os dias.

Aos meus pais queridos, pelo amor incondicional e por sonharem os meus sonhos, tornando-os realidade. Obrigada pela compreensão em todos os momentos de ausência. Lembrem-se que tudo o que faço na vida é por vocês.

Às minhas lindas irmãs, companheiras inseparáveis. Amo-as verdadeiramente.

A Victor, por me fazer acreditar que tudo é possível. Também tenho um orgulho enorme de você!

AGRADECIMENTOS

As palavras esvaem-se diante imenso sentimento que tenho por tantas pessoas especiais, que fizeram, e fazem, parte da minha história de vida. Mesmo que faltem as palavras, não posso deixar de agradecer a todos aqueles que contribuíram de forma significativa para a elaboração dessa pesquisa científica.

Inicialmente, agradeço aos meus três “gigantes” mestres, Guilherme Cortizo Bellintani, Fredie Didier e Rodolfo Pamplona Filho, por me darem todas as oportunidades do mundo. A certeza do amor à minha profissão advém da presença dos três professores, que me ensinaram, além de belas lições jurídicas e de docência, lições de vida.

Ao amigo Fernando Caria Neto, pela leitura incansável do trabalho e por tantas sugestões valiosas. Muito obrigada por tudo.

Meus sinceros agradecimentos, também, aos amigos da Faculdade Baiana de Direito, em especial Francisco Salles, Tiago Cesar, Iônia Behrens e Carmen Lauro, exemplos de profissionais dedicados.

Aos professores da Faculdade Baiana de Direito, principalmente André Batista Neves, Fábio Periandro, Júlio Vasconcelos, Miguel Calmon e Ricardo Maurício.

Aos meus queridos alunos da Faculdade Baiana de Direito e Unifacs, por torcerem em todos os momentos.

Aos recém noivos Gustavo Prazeres e Mirella Brito, amigos de fé, irmãos que, com todo zelo e dedicação, ajudam-me a crescer a cada dia. Meus amigos, obrigada pelas palavras de força!

A Ana Thereza Meirelles, jovem sempre disposta a ajudar.

“Tudo posso Naquele que me fortalece”
(Filipenses 4:13)

RESUMO

O tema da presente pesquisa é a autonomia privada e autocomposição extrajudicial dos conflitos. O objetivo dessa pesquisa é demonstrar em que medida há legitimidade e abertura do ordenamento jurídico para utilização desse mecanismo extrajudicial de solução de conflitos. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira discorreu-se sobre a autonomia privada e os limites encontrados no ordenamento jurídico para esse princípio. Percebeu-se que o particular somente tem o poder de auto-regulamentação, desde que atenda aos direitos fundamentais, a boa-fé objetiva, a lei e a ordem pública. Na segunda, foi analisado o sistema de composição de litígios, em especial a autocomposição, demonstrando que através desse mecanismo é possível resguardar a autonomia privada, na medida em que se busca estabelecer o diálogo entre as partes, chegando a três resultados possíveis: renúncia, submissão e a transação. Por fim, no último capítulo, buscou-se demonstrar que a autocomposição extrajudicial é um mecanismo alternativo, idôneo e eficaz de solução de litígios, porque visa atingir dois escopos: a justa composição da lide e a pacificação social, bem como auxiliar na mitigação da crise do Poder Judiciário. Além disso, percebeu-se que não há óbice no ordenamento jurídico para a plena implementação dessa forma autocompositiva. Ao revés, o legislador pátrio, atento às mudanças sociais, cada vez mais busca incentivar esse meio de pacificação social. A título exemplificativo, foram analisadas três leis (9.958, 11.232 e 11.441) para demonstrar a importância da autocomposição extrajudicial no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: autonomia privada; autocomposição extrajudicial de conflitos.

ABSTRACT

The theme of this research is the private autonomy and the extra-judicial settlement of conflicts and the objective is to demonstrate to what extent there is legitimacy and openness of the legal mechanism for use of extra-judicial settlement of conflicts. For this purpose, the research was divided into three parts: in the first one the private autonomy and the limits of the law for this principle were discussed. It was noticed that the individual has only the power of self-regulation, since that meets the fundamental rights, the objective good faith, the law and public order. In the second, the system composition of disputes was studied, especially the auto composition, demonstrating that through this mechanism it is possible to protect the private autonomy in that it seeks to establish dialogue between the parties, achieving three possible outcomes: resignation, submission and transaction. Finally, in the last chapter, it was showed that extra-judicial settlement of conflicts is an alternative mechanism, suitable and an effective solution to a dispute, because it aims to achieve two objectives: fair deal and social peace and it also helps to mitigate the crisis at the Judiciary. In addition, it was verified that there is no legal obstacle to full implementation of this self-made composition. Besides that, the legislators, who are aware of the social changes, increasingly seeks to encourage this method of social peace. As examples, three laws were analyzed (9,958, 11,232 and 11,441) to demonstrate the importance of the self-made extra-judicial settlement of conflicts in legal national mechanisms.

Keywords: private autonomy; self-made extra-judicial settlement of conflicts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AUTONOMIA PRIVADA	12
2.1 O PAPEL DA VONTADE NO DIREITO	12
2.2 AUTONOMIA PRIVADA X AUTONOMIA DA VONTADE	19
2.3 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA	28
2.3.1 Direitos fundamentais	29
2.3.1.1 Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da state action	30
2.3.1.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais	32
2.3.1.3 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais	34
2.3.1.4 Teoria dos deveres de proteção	37
2.3.1.5 Teoria no panorama constitucional brasileiro	39
2.3.2 Boa-fé objetiva	41
2.3.2.1 Função de cânone hermenêutico-integrativo do contrato	43
2.3.2.2 Função de norma de criação de deveres jurídicos	44
2.3.2.3 Função de norma de limitação de direitos subjetivos	45
2.3.3 Limitação normativa	48
2.3.4 Ordem pública	50
2.3.5 Moral e bons costumes	52
2.4 O NEGÓCIO JURÍDICO COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA	55
2.4.1 Teoria subjetivista	56
2.4.2 Teoria objetivista	57
2.5 A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA	60
3 AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	65
3.1 LITIGIOSIDADE	65
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE COMPOSIÇÃO	73
3.2.1 Autotutela	75
3.2.2 Autocomposição	77
3.2.3 Heterocomposição	77
3.2.3.1 Arbitragem	78
3.2.3.2 Jurisdição estatal	84

3.3 AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	90
3.3.1 Definição	90
3.3.2 Natureza jurídica	94
3.3.3 Mecanismos	96
3.3.3.1 Negociação	97
3.3.3.2 Mediação	99
3.3.3.3 Conciliação	102
3.3.4 Manifestações da autocomposição	107
3.3.4.1 Renúncia	108
3.3.4.2 Submissão	109
3.3.4.3 Transação	111
4 AUTONOMIA PRIVADA E AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	116
4.1 ACESSO À JUSTIÇA: NECESSIDADE DE SOLUÇÃO DO CONFLITO E RESTAURAÇÃO DA PAZ SOCIAL	116
4.2 FALÊNCIA DO SISTEMA HETEROCOMPOSITIVO ESTATAL	128
4.3 POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO AOS MECANISMOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL E PROPOSTAS PARA EFETIVIDADE DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO	137
4.3.1 Requisitos de incentivo à autocomposição extrajudicial	139
4.3.1.1 Prévia determinação dos tipos de controvérsias	140
4.3.1.2 Possibilidade de acesso à justiça e a facultatividade	141
4.3.1.3 Equidade	143
4.3.1.4 Eficácia executiva	144
4.3.2 Aplicação das formas extrajudiciais autocompositivas	149
4.3.2.1 Comissões de conciliação prévia	149
4.3.2.2 Transação extrajudicial nas relações de trabalho	153
4.3.2.3 Separação e divórcios extrajudiciais	154
4.3.2.4 Execução de títulos judiciais	158
4.4 ÓBICES À PLENA IMPLEMENTAÇÃO DAS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS	159
5 CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS	165
ANEXOS	175

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem enfrentando sérios problemas, na realização de sua atividade judicante, por conta da sua cultura centralizadora, não apenas se apresentando como meio ordinário para a realização da paz social, mas concentrando todo o poder de decidir (a jurisdição estatal) nas mãos de um juiz, único e exclusivo na função de dizer o direito.

Todavia, a dinâmica da realidade social denuncia a ineficiência desse modelo, que impossibilita o efetivo acesso à justiça, evidenciando, portanto, que este não é, e nem poderia ser, o único meio idôneo para a solução dos conflitos.

Ora, em um sistema onde os direitos fundamentais da liberdade e da autonomia da vontade, corolários da autonomia privada, aqui entendida como o poder dos particulares de criar regras próprias em função dos seus interesses (auto-regularem-se), dentro de uma esfera de conformidade com o ordenamento jurídico, são garantidos como constituição do Estado Democrático de Direito, a autocomposição extrajudicial, expressão dessa autonomia privada, é entendida hoje, pela doutrina, como meio alternativo, essencial, para solução dos conflitos.

Diante desse contexto, surge como problema de pesquisa o seguinte questionamento: considerando a crise da justiça e a forma de solução autocompositiva extrajudicial como manifestação da autonomia privada, em que medida existe legitimidade e abertura no ordenamento jurídico para a utilização desse meio alternativo de pacificação social?

Como necessários desdobramentos do problema, apresentam-se, dentre outras, as seguintes questões: qual a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade? Há limites, e quais seriam eles, para aplicação do princípio da autonomia privada? Nesse diapasão, a lei 11.441/2007, que trata da separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais e a lei 11.232/2005, que trata execução de títulos judiciais, a lei 9.958/2000, que trata das Comissões de Conciliação Prévia sugerem a abertura do ordenamento para a solução extrajudicial dos conflitos? Quais os mecanismos e resultados pretendidos com a utilização desse meio alternativo? Quais os óbices encontrados para a utilização desse meio alternativo de solução dos conflitos?

Percebe-se a importância pragmática de tal discussão, porquanto seja possível, a partir do estudo, esquematizar medidas de incentivo à autocomposição extrajudicial como meio alternativo de pacificação social e demonstrar, através da análise da lei 9.958/2000, que trata

das Comissões de Conciliação Prévia, da transação extrajudicial nas relações de trabalho, da Lei 11.441/2007 e da Lei 11.232/2005, se há possibilidade de abertura e qual os limites do ordenamento jurídico para utilização do instituto como um dos meios alternativos eficazes de pacificação social.

Através da discussão da autocomposição extrajudicial, verificar-se-á se o instituto há de ser entendido como meio adequado de solução de conflitos, que tem interferência direta nas relações sociais, bem como na atividade econômica e desenvolvimento do país.

Diante da relevância do tema e na tentativa de solucionar o problema de pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro é destinado à autonomia privada. Nesse capítulo, demonstrar-se-á o papel da vontade no Direito, a evolução da autonomia e liberdade das partes, os limites impostos à autonomia privada dos envolvidos no negócio jurídico para, por fim, demonstrar a concepção constitucional da autonomia privada.

No segundo capítulo pretende-se analisar a classificação dos sistemas de composição, demonstrando em que contexto a autocomposição está inserida. Ademais, analisar-se-á a natureza jurídica da autocomposição, seus mecanismos e as manifestações da autocomposição no ordenamento, quais sejam: renúncia, submissão e transação.

Por fim, no último capítulo, visa-se analisar a autocomposição de litígios como manifestação da autonomia privada, demonstrando em que medida esse mecanismo alternativo pode auxiliar na busca do acesso à justiça e no incentivo ao sistema heterocompositivo estatal.

Nesse capítulo também são analisados os requisitos de incentivo à autocomposição extrajudicial, bem como algumas formas autocompositivas de solução de controvérsias já utilizadas no ordenamento jurídico, tais como a lei 9.958/2000, que trata da comissão de conciliação prévia, transação extrajudicial nas relações de trabalho, a lei 11.441, que trata da separação e divórcio extrajudiciais e a lei 11.232, que trata da execução de títulos judiciais.

Vale ressaltar, porém, que não há a intenção de esgotar a análise dos institutos, mas demonstrar se há viabilidade da idéia defendida nessa pesquisa, bem como se há óbices à plena implementação dos mecanismos extrajudiciais autocompositivos de solução dos litígios.

2 AUTONOMIA PRIVADA

2.1 O PAPEL DA VONTADE NO DIREITO

A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada tem fundamental importância para identificar o papel da vontade no Direito.

A autonomia é reconhecida, na esfera privada, como pressuposto e causa geradora de situações jurídicas¹.

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges², a evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada modifica a própria noção de negócio jurídico, porque está vinculada diretamente aos valores constitucionais, em especial à valorização da pessoa humana.

Nesse sentido, insta salientar que nem sempre o papel da vontade nos negócios jurídicos teve a mesma conotação.

Nos primórdios do império romano, o formalismo dominava a interpretação objetiva dos atos jurídicos e uma atuação formalmente correta produzia efeitos, mesmo que o agente não quisesse. Os efeitos dos atos eram consequência da forma e não da vontade, vale dizer, os romanos preconizavam a forma através da qual se manifestava a autonomia volitiva. A declaração solene de um acordo firmado possuía força normativa, era a *lex privata*³.

Com o desenvolvimento da cultura jurídica, esse modo de interpretação sofreu paulatinas alterações.

No início da República romana, a interpretação subjetiva passou a ser utilizada nos contratos formais, buscando o sentido concreto que o declarante lhe tinha dado em determinado caso.

¹ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.86.

² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.46.

³ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.281.

Na época romana clássica, os juristas passaram a interpretar os contratos tendo como parâmetro a vontade. O conceito de contrato, à época, se firmava como um acordo de vontades (*consensus*), sendo a declaração um meio auxiliar de discussão de vontade⁴.

Na lição de Irineu Strenger, ao substituir o tipo de negócio jurídico formal por outros mais espirituais, abre-se caminho para que os juristas clássicos utilizem o critério da livre interpretação, vale dizer, a letra do contrato e o seu espírito, representado pela vontade interna, são motivos de indagação nos textos clássicos⁵.

Na época romana pós-clássica, suprimiu-se o formalismo verbal e a interpretação jurídica passou a ser orientada para realização do princípio da vontade.

Na Idade Média, a vontade foi substituída pela fé jurada, em virtude da influência da Igreja Católica. A violação à fé jurada cominava em dupla sanção: “humana, como a falta da palavra empenhada, e divina, como pecado”⁶.

John Gilissen⁷ informa que, desde cedo, a Igreja Católica mostrou-se favorável ao respeito da palavra dada. Até o século XI, a Igreja repudiava o juramento por medo do perjúrio (mentira), e exercia influência no sentido de não se fazer juramentos invocando em vão o nome de Deus.

Na Idade Média, portanto, não se reconhecia exclusivamente o ‘primado’ da vontade individual, senão nos limites da fé, moral e bem comum e os interesses da comunidade familiar e religiosa se sobrepunham aos interesses dos indivíduos isoladamente⁸.

O consensualismo e o individualismo passam a ser admitidos mais facilmente a partir do final da Idade Média. Isso porque as comunidades clânicas e familiares desapareceram quase inteiramente, sobretudo nas cidades, dando espaço ao homem, enquanto indivíduo isolado, livre, com a capacidade de dispor da sua pessoa e de seus bens⁹.

No domínio dos contratos, a doutrina da autonomia da vontade surge, a partir do século XVI, com o Humanismo e com a Reforma, mas é com a Escola Jusnaturalista que a autonomia da vontade torna-se corpo doutrinal.

⁴ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.87.

⁵ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.89.

⁶ CABRAL, op. cit., p.87.

⁷ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3.ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.735.

⁸ *Ibidem*, p.737.

⁹ *Ibidem*, loc. cit.

Na lição de John Gilissen, a Escola Jusnaturalista, no século XVII, constituiu fator importante de laicização do direito, da concepção racional. Para os jusnaturalistas, o direito regia a sociedade civil e a vontade era soberana. O livre arbítrio era o princípio base de todo o direito natural¹⁰.

Com a evolução dessa noção, no século XVIII, a autonomia da vontade passou a ser interpretada como fonte e fim de todo o direito. Os ideais da Revolução francesa balizaram a organização jurídica no consenso das partes, a cujas palavras se atribuía força de lei pelo que convencionavam¹¹.

Nessa época, a vontade chegou ao extremo de ser elevada à categoria de dogma. A vontade torna-se a expressão da liberdade humana e ninguém poderia se obrigar senão por vontade livre e espontânea.

Os contratos possuíam um caráter justo e intangível (*pacta sunt servanda*), devendo ser executados a qualquer custo, de acordo com o quanto disposto pelas partes.

Com o Código de Napoleão, primeiro corpo legislativo a adotar, em toda a sua extensão, o dogma da autonomia da vontade, as partes envolvidas nas relações jurídicas eram consideradas igualmente capazes, ainda que existisse desigualdade econômico-social entre elas. A força obrigatória dos contratos servia de pano de fundo para a doutrina da justiça¹².

Eis a lição de Érico de Pina Cabral:

O Estado não podia intervir nas relações privadas formadas livremente pelas partes. E assim, o voluntarismo e o liberalismo como instrumentos de equilíbrio e prosperidade se tornaram símbolos de igualdade e justiça social, e influenciaram profundamente as primeiras experiências de codificação no início do séc. XIX¹³.

A vontade não era considerada um elemento apenas psicológico, interno, mas, sobretudo, possuía uma força real e ativa, que levava ao nascimento e desenvolvimento das relações jurídicas. A vontade tinha a mesma força criadora da lei, não existindo hierarquia entre elas.

Na revolução industrial, a classe burguesa conquistou o poder econômico e político. Na busca da segurança e eliminação dos riscos inerentes do negócio, prevaleceu a teoria consagrada

¹⁰ Ibidem, p.737-738.

¹¹ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.281.

¹² VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, a.90, v.791, set.. 2001.

¹³ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.88.

da autonomia da vontade, instituída com base na igualdade formal dos indivíduos, uma vez que os acordos tinham força obrigatória.

Essa idéia de voluntarismo jurídico integra-se decisivamente na ciência do Direito por obra dos filósofos Rousseau e Kant, que, nos fins dos séculos XVIII e XIX, acabaram por potencializar a teoria da autonomia da vontade¹⁴.

Eis a lição de Immanuel Kant¹⁵:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia da vontade é portanto: não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nelas contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori¹⁶.

A razão dessa noção de voluntarismo deve-se ao progresso vivenciado pela sociedade capitalista, vale dizer, a concepção de autonomia da vontade, e de liberdade contratual traduz pressuposto jurídico e condição essencial para o funcionamento do sistema capitalista e, por conseguinte, para a concretização dos interesses nele envolvidos. É investido de tal poder da vontade que o indivíduo constrói o direito civil contratual, cujo serviço são colocados os tribunais e a força pública¹⁷.

Desse modo, o dogma da vontade serviu com muita eficiência ao desenvolvimento do liberalismo econômico, político e da livre concorrência de mercado, já que o negócio jurídico era concebido como um ato humano, em que a vontade estabelecia o seu conteúdo e os seus efeitos¹⁸.

No Estado liberal, portanto, o direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, transmitir seus bens, sem a

¹⁴ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.106.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, p.85.

¹⁶ Irineu Strenger defende que Kant é o reflexo de uma época de transição, mas as suas idéias resultaram novas perspectivas para os problemas humanos, bem como seus princípios influenciaram profundamente a teoria da autonomia da vontade (op. cit.).

¹⁷ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006, p. 282.

¹⁸ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007.

interferência do Estado, mais do que isso, proteger a propriedade privada era a missão mais nobre do Estado¹⁹.

Os principais reflexos desse período foram o reconhecimento da ampla liberdade negocial e a consagração da força obrigatória dos contratos.

Segundo Irineu Strenger²⁰, esse período é marcado pelo absolutismo da concepção subjetivista, inclusive vedando ao Estado ir além dos limites que possam oferecer restrição à liberdade dos indivíduos, sob o argumento da liberdade coletiva ou social. Dominava, no período do estado liberal, o direito como liberdade de agir, atribuindo-se aos indivíduos a faculdade de desenvolver suas atividades físicas, intelectuais e morais. Além disso, o direito era visualizado como o querer jurídico, “o direito de poder, por um ato de vontade e sob certas condições, criar uma situação jurídica”.

Ocorre que a autonomia da vontade e a liberdade negocial, criadas para conter o estado absolutista, foram utilizadas irrestritamente pelos particulares, no auto-regramento de suas vontades, o que desaguou em diversos abusos na utilização do poder negocial. Nas relações negociais, a parte mais vulnerável ficava, na maior parte das vezes, submetida aos excessos de quem gozava do poderio social e econômico.

Além disso, o advento da sociedade de massas levou o Estado não mais a permanecer inerte ao poderio econômico e social da classe burguesa.

Não demorou para que o princípio da autonomia da vontade e igualdade formal das partes, alicerce do liberalismo econômico, fosse criticado pela doutrina e jurisprudência do século XX. Em meio à desigualdade sócio-econômica, a liberdade plena da autonomia da vontade importava desequilíbrio contratual.

Ampliou-se, com isso, a intervenção do Estado para coibir os desmandos e para controlar a desigualdade fática existente nos tratos negociais, sendo necessário delinear uma nova ordem.

No século XX, portanto, os negócios jurídicos não mais se pautavam “na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas de interesses socialmente relevantes”²¹.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.232.

²⁰ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000, p.107.

²¹ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.91.

O contrato passou a sofrer limitações e a teoria voluntarista esvaiu-se, porque a liberdade individual e a vontade passaram a ter limites frente ao Estado.

A consciência social das desigualdades e desequilíbrio das partes leva à ingerência do Estado nas relações jurídicas e, portanto, à crise do voluntarismo²².

A sociedade de massas, nesse contexto, desperta outro sentimento em relação à autonomia da vontade. De fato, parece indiscutível que a opressão e violência não advêm apenas da força do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, que tem o poder econômico em suas mãos.

O *Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social, passou, então, a buscar assegurar, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, tais como saúde, educação, dentre outros²³, limitando, dessa forma, a vontade irrestrita dos particulares.

Além dos direitos sociais, ainda surge, nesse período, outra faceta dos direitos fundamentais, de cunho objetivo, a que se atribui o nome de dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, na lição de Paula Sarno Braga,

os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. Tornam-se, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, norteando as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas²⁴.

²² Na lição de Érica de Pina Cabral (A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.90), “ a crise do voluntarismo não desconstituiu, entretanto, o caráter originário do poder dos particulares de estabelecerem regras entre si, mas fez entrar em cena uma outra linguagem jurídica: ‘ordem de interesses’, ‘auto-regulamento’, ‘autonomia privada’ etc. Esta nova ordem delineou um novo caráter de objetividade para os negócios jurídicos, agora não mais fundado na causa psíquica representada pela vontade, mas nas regras extraídas dos interesses socialmente relevantes. A interpretação dos negócios jurídicos ganhou maior escora na teoria da declaração e a vontade ficou reduzida ao foro interno das partes. A vontade perdeu o seu status de valor em si, auto-suficiente a produzir efeitos jurídicos.

²³ Patrícia Buendgens Schneider informa que “as novas premissas constitucionais, instituidoras de um Estado Social, visam promover a justiça social, garantir os direitos individuais, políticos, econômicos e sociais da população, bem como tutelar a parte mais fraca das relações contratuais. Para tanto, preconizam a intervenção do Estado na economia com o intuito de limitar a autonomia da vontade e, assim, coibir os abusos e desequilíbrios que possam advir das relações contratuais, nas quais predominam a disparidade entre os contratantes e a pré-estipulação do conteúdo.

O direito privado, então considerado alheio à interferência do Estado, passa a confrontar-se com a constante presença estatal no âmbito das relações jurídicas, haja vista a necessidade (crescente) de um controle efetivo das mesmas, posto que marcadas pela impessoalidade do tráfico mercantil e sujeitas a corriqueiros abusos e desequilíbrios (Princípio da boa-fé – um instrumento de dirigismo contratual. In: NALIN, Paulo (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p.154).

²⁴ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.93.

Nessa ótica, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado no sentido de abster-se de realizar condutas que ofendam tais direitos. O Estado, sobretudo, tem a obrigação positiva de proteção e de concretização dos referidos direitos. Vale dizer, cabe ao legislativo, executivo e judiciário, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, observar e resguardar os direitos fundamentais, tendo em vista que “diferenças e diversidades econômicas, políticas e sociais dão ensejo a vínculos jurídicos substancialmente desequilibrados na esfera privada - em que uma das partes se encontra em situação de vulnerabilidade, submetida aos abusos do poder da contraparte”²⁵.

Esses direitos, portanto, são limites ao papel irrestrito da vontade, sendo considerados fronteiras ao poder de auto-regulamentação dos indivíduos nas relações negociais.

É preciso observar, porém, que não só o Estado tem o dever de resguardar os direitos fundamentais e equilibrar as desigualdades. Também deve haver uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, buscando a igualdade fática nos tratos negociais. Isso porque “o fenômeno do poder, como manifestação de uma situação de desigualdade, não é prerrogativa do Estado, mas inerente a toda organização social. [...] Nesse contexto é que se torna importante a proteção dos direitos fundamentais [...] em todas as relações de poder”²⁶⁻²⁷.

Nas relações privadas os atores são titulares de direitos e obrigações e, por esse motivo, deve haver a salvaguarda da autonomia privada e o respeito aos direitos fundamentais.²⁸

A autonomia privada, nesse contexto, circunscrita a novos valores constitucionais e infraconstitucionais, insere-se na ordem normativa como “âmago do sistema do direito privado, irradiando potência aos atos jurídicos desenvolvidos pelos sujeitos de direito”. Todos

²⁵ BRAGA, op. cit., p.96-97.

²⁶ SAMPAIO, Maria de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.100-101.

²⁷ Nesse sentido, Paula Sarno Braga: “Até mesmo nas relações jurídicas mais equilibradas – como uma sociedade empresarial comum, por exemplo -, é possível que um ator privado se exceda no exercício de um poder (autonomia privada) que lhe é conferido, malferindo bem jurídico essencial do outro.

É, pois, ultrapassado o dogma de que só o Estado pode exasperar-se e atingir abusivamente os direitos fundamentais dos indivíduos. Não só ele os ameaça, agride, oprime. Também os particulares, sobretudo os munidos de maior poderio, podem espezinhar os mais valiosos bens do seu próximo, razão pela qual sua atuação também deve ser limitada pela exigência de respeito aos direitos fundamentais alheios” (op. cit, 2007, p.97).

²⁸ Na lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, “o que é peculiar ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é que, nestas, ambas as partes envolvidas são titulares de direitos. Tal aspecto importa em reconhecer que, nas relações privadas potencialmente lesivas a direitos fundamentais, forma-se uma complexa rede de direitos e deveres, que se limitam e condicionam mutuamente. O cerne do problema, repita-se, reside em saber como – com base nos recursos hermenêuticos, com que limites – coordenar os direitos em jogo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.143.

os atos e negócios jurídicos desenvolvidos pelos sujeitos no prisma das suas individualidades em relação a outrem, porém, decorrem da autorização concedida pela ordem jurídica para perseguição dos efeitos jurídicos almejados. Assim, no plano da moldura legal estabelecida, segundo Paulo Nalin²⁹, os sujeitos operam mediante o exercício de *certa* autonomia privada.

É a partir dessa nova moldura que se passa à distinção dos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, objeto da próxima seção.

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE X AUTONOMIA PRIVADA

O vocábulo autonomia vem do grego *auto* + *nomos* e significa independência, autodeterminação, o que é regido por leis próprias³⁰. Esse conceito grego, na sua origem, se referia “à coletividade, precisamente ao seu poder autárquico, consistente na capacidade de a polis grega instituir os meios de seus poderes legítimos e fazê-los respeitados pelos cidadãos”. Somente a partir do século XVIII, é que o conceito de autonomia se aplica aos indivíduos³¹.

Segundo Tom Beuchamp e Tom Childress³², o conceito de autonomia não é unívoco nem na língua comum nem na filosofia contemporânea. Para esta, o conceito de autonomia do indivíduo deve ser o agir livremente, de acordo com um plano escolhido. Uma pessoa com a autonomia reduzida, portanto, é, ao menos em algum aspecto, controlada por outros ou incapaz de deliberar ou agir com base em seus desejos e planos.

Segundo os autores, praticamente todas as teorias da autonomia consideram duas condições essenciais: (1) a *liberdade* (independência de influências controladoras) e (2) a qualidade de *agente* (capacidade de agir intencionalmente)³³.

²⁹ NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p.29.

³⁰ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.84.

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.408.

³² BEUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James F. *Princípios da Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002.

³³ “Na teoria ética contemporânea, alguns autores sustentaram que a autonomia é, em grande medida, uma questão de ter a capacidade de controlar ponderadamente e de se identificar com os desejos ou preferências básicos (de primeira ordem) de uma pessoa por meio dos desejos ou preferências de nível superior (de segunda ordem). Segundo essa concepção, uma pessoa autônoma é aquela que tem a capacidade de aceitar racionalmente, identificar-se com ou de repudiar um desejo ou preferência de ordem inferior independentemente de qualquer manipulação de seus desejos” (BEUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p.142-143).

Para Marco Segre, Franklin Leopoldo e Silva e Fermin Roland Schramm³⁴, filosoficamente, "autonomia" indica a "condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter" e o princípio da autonomia, em um sentido restrito, deve ser inscrito na especificidade da tradição da cultura moderna, "essencialmente tecnocientífica e humanístico-individualista".

Nesse sentido, o princípio de autonomia vincula-se à relevância que o sujeito assume na modernidade, relevância esta inseparável da reivindicação da liberdade de pensamento, da hegemonia da razão frente aos dogmas religiosos e ao peso da tradição.

E mais. O significado de autonomia passa, então, a ser "compreendido não apenas como a tentativa de apreender racionalmente o mundo, mas também de dominá-lo e submetê-lo às finalidades humanas, por via do desempenho de uma razão subjetiva e independente"³⁵.

No dicionário Houaiss³⁶, autonomia significa "capacidade de se autogovernar; [...] direito de reger-se segundo leis próprias"

Os atos de autonomia, pois, são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e são socialmente úteis³⁷.

A autonomia, na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto³⁸, é a idéia fundamental do Direito Civil³⁹ e deve ser entendida quer no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente ou por ato unilateral, os interesses próprios⁴⁰.

³⁴ SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo e.; SCHRAMM, Fermin R. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n.1, Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <www.portalmédico.org.br>. Acesso em: 15 out. 2008.

³⁵ Ibidem.

³⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.351.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.211.

³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.42

³⁹ O autor ressalta que a autonomia, entendida como poder de autodeterminação nas relações com as outras pessoas desde que haja igualdade ou paridade de situação jurídica dos sujeitos, não existe com a mesma intensidade em todos os domínios do direito civil. Ela é mais ampla no domínio das relações patrimoniais e do tráfico jurídico, do que nas relações pessoais e familiares. (PINTO, op. cit., p.42).

⁴⁰ Emílio Betti acredita que desde os tempos mais remotos, o terreno mais fértil para as questões interpretativas é o Direito Civil. "Na verdade, em nenhum outro setor é tão intenso o entrelaçamento de relações entre sujeitos de direito, colocados no plano de igualdade recíproca. Em nenhum outro se percebe uma exigência tão imperiosa de encontrar os critérios para a justa composição dos interesses em conflito, tanto por meio da correta compreensão do preceito de lei ou de costume, cujo critério serve de base para compor o conflito, quanto por meio do correto entendimento das tão variadas manifestações da autonomia individual". (BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.XLII).

Consenso não há entre as expressões ‘autonomia da vontade’ e ‘autonomia privada’. Não raro ambas as expressões são apresentadas como sinônimas. Porém, como se verá adiante, não o são.

Os particulares, enquanto sujeitos dos direitos individuais da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, possuem o poder de autoregulação, desde que dentro das fronteiras demarcadas pelo legislador. A esse poder de auto-regulação, limitado pelo ordenamento jurídico, dá-se o nome de autonomia privada⁴¹.

António Menezes Cordeiro⁴² defende que a autonomia privada tem, no Direito, dupla utilização. Em termos amplos, equivale ao espaço de liberdade de cada um dentro da ordem jurídica, ou seja, engloba tudo que as pessoas podem fazer no prisma material ou jurídico e, em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, “à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem”.

Válida é a crítica de Pietro Perlingieri sobre autonomia privada. Para o autor, a autonomia privada não se identifica somente com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito. Ela não é um valor em si mesmo. O poder de autonomia, nas suas variadas manifestações, “é submetido aos juízos de licitude e de valor, através do quais se determina a compatibilidade entre o ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro”⁴³.

Ana Prata⁴⁴ utiliza a expressão autonomia privada como sinônimo de liberdade negocial, para demonstrar sua tutela face à Constituição. Argumenta, entretanto, que as expressões não são sinônimas, na medida em que a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem sequer toda liberdade jurídica privada, sendo apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial.

Como sinônimo de liberdade negocial, a autonomia privada traduz-se “no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de

⁴¹ Segundo Luiz de Pinho Pedreira da Silva, o poder jurídico de auto-regulamentação pode ser atribuído “tanto ao homem (autonomia privada individual) quanto aos grupos ou formações sociais (autonomia privada coletiva)” (*Principiologia do Direito do Trabalho*, 2.ed. São Paulo: LTr, 1999, p.122).

⁴² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, t. I, p.391.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.277.

⁴⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [1982?].

juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”⁴⁵.

Noberto Bobbio⁴⁶ entende que o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses pode ser considerado uma fonte de normas de um ordenamento jurídico. A autonomia privada, por assim dizer, é fonte de normas jurídicas, porque concebida como produtora de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado.

Marcos Bernardes de Mello⁴⁷ trata as expressões ‘autonomia da vontade’ e ‘autonomia privada’ indistintamente. Isso porque, na visão do autor, em ambas predomina um voluntarismo semelhante. O fato é que há o predomínio de qualquer das expressões para designar o poder de manifestar a vontade no sentido de ‘auto-regulamentação’ ou autodisciplina dos interesses próprios.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges,

entende-se, em geral, autonomia privada como o poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou determinar o conteúdo e efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico⁴⁸⁻⁴⁹.

Maria Angélica Benetti Araújo⁵⁰ distingue as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, ao afirmar que a primeira está, historicamente, associada ao voluntarismo jurídico, que se legitimava pelo poder jurígeno exacerbado da vontade. A autonomia privada, por seu turno, carregam fator objetivo, qual seja, o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, ou seja, o Estado intervirá nas relações negociais sempre que se vislumbrar

⁴⁵ Ibidem, p.11.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p.40.

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p.168, nota 170.

⁴⁸ Claus – Wilhelm Canaris informa que “o complexo regulativo da autonomia privada, que se pode considerar como <<instituto>> do nosso Direito privado, só se entende a partir de uma ação conjunta dos princípios da auto-determinação, da auto-responsabilidade e da proteção do tráfico e da confiança”. E continua: “por detrás do princípio da auto-determinação negocial, está o valor da liberdade; mas enquanto este só por si, ainda não compreende qualquer indicação sobre as conseqüências jurídicas daí derivadas, aquele já exprime algo relativamente concreto, e designadamente que a proteção da liberdade é garantida através da legitimidade, conferida a cada um, para a regulação autónoma e privada das suas relações com os outros” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A.Menezes de Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.84-87).

⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.46-47.

⁵⁰ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.285.

ameaça, direta ou indireta, sobre a economia popular, a livre concorrência, a autonomia e soberania estatais, bem como sobre as liberdades e garantias individuais.

Segundo Luigi Ferri, há uso indiscriminado entre as expressões ‘autonomia privada’, ‘autonomia da vontade’ e ‘liberdade contratual’. Para o autor, a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, podendo ser traduzida como uma manifestação de poder ou precisamente do poder de criar, dentro dos limites da lei, a norma jurídica⁵¹.

Emílio Betti⁵² diz que a autonomia – como autoridade, e como potestas, de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo titular - pode ser reconhecida com duas funções distintas: a) como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte da própria ordem jurídica que a reconhece; b) como pressuposto e causa geradora das relações jurídicas já disciplinadas em abstrato pelas normas dessa ordem jurídica.

Nessa ordem de idéias, o autor defende que a autonomia privada é reconhecida, no campo do direito privado, na segunda função indicada. Conceitua-a como “atividade e potestas, criadora, modificadora ou extintora das relações jurídicas entre os particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente, disciplinadas por normas jurídicas preexistentes”⁵³.

Pontes de Miranda⁵⁴ não vê distinção entre as expressões. Ao revés, utiliza a expressão ‘auto-regramento da vontade’, acreditando ser imprópria a expressão ‘autonomia privada’, porque “se elidiria, desde a base, qualquer regramento da vontade, em direito público, o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se com êle, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito”.

Orlando Gomes, por sua vez, dá conotação totalmente diversa. Para o autor, a autonomia privada é o gênero, que se divide em duas espécies: 1) a autonomia da vontade, “que é o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas”; e 2)

⁵¹ Eis as palavras do autor: *“tutto questo spiega l'imprecisione e Il promiscuo uso delle espressioni <<autonomia privata>>, <<autonomia dela volontà>>, <<liberta contrattuale>> ecc., che ho ora rilevato; ma spiega soprattutto la nessuna utilità costruttiva del concetto di autonomia privata così configurato”. E concludi: “L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche”.* (FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1959, p.4-5).

⁵² BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I, p.97-98.

⁵³ Ibidem, p.98.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.55-56.

exercício dos direitos, que se concretiza principalmente na área da propriedade e sua disposição, “sendo o poder da vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdades das pessoas”⁵⁵.

Francisco Amaral⁵⁶ enfrenta a questão, informando que há sensível diferença entre ambas. A expressão ‘autonomia da vontade’, para o autor, tem uma conotação subjetiva, psicológica, e é o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato, determinando o seu conteúdo e efeitos, enquanto a expressão ‘autonomia privada’ marca o poder da vontade no direito. Funciona, pois, como verdadeiro poder jurídico conferido ao particular para criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem, nos limites estabelecidos na lei.

Nessa toada, percebe-se que a autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade, mas aquela se origina desta. É que a autonomia da vontade está ligada à personalidade do indivíduo, à expressão da vontade encarada individualmente, tornando-se imperioso dentro de uma perspectiva intersubjetiva das relações humanas, como consequência da livre manifestação das partes, a criação, modificação, ou extinção de uma relação jurídica, para que se estabeleça efetivamente a autonomia privada.

Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, inicialmente a vontade assumiu um aspecto de dogma, permitindo-se a irrestrita liberdade, sem qualquer cuidado quanto às repercussões ao coletivo, ou seja,

um dos maiores problemas práticos do dogma da vontade foi que, dentro de sua visão, a vontade individual era onipotente, gerando como consequência a idéia de que não haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial. A ausência dessa noção de limites é o que torna importante distinguir a teoria da autonomia da vontade da teoria da autonomia privada.

Na teoria da autonomia privada, percebe-se a existência de dois âmbitos distintos de competência jurígena: o âmbito particular, individual, da autonomia privada, e o âmbito público, soberano, da competência normativa estatal (admitindo, a título de argumentação, uma concepção estatista das fontes do direito). [...]

Isso significa que a competência do particular é determinada e delimitada pela ordem jurídica, o que, se se está no dogma da vontade, não se pode inferir⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.265.

⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.337-338.

⁵⁷ Também nesse sentido afirma Emilio Betti que a autonomia pode ser reconhecida pela ordem jurídica com duas funções distintas e diversas, conforme a fonte seja pública ou privada: a) como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece, precisamente como fonte de direito subordinada e independente; b) como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem pública. A primeira seria a autonomia pública e a segunda, reconhecida pela ordem jurídica do direito privado é a autonomia privada (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I).

Evidentemente essa concepção individualista da autonomia privada, atrelada exclusivamente à autonomia da vontade está ultrapassada⁵⁹, seja porque todos os indivíduos são dotados deste poder, razão pela qual a sua utilização desenfreada geraria um abuso constante de direitos, seja porque o Estado, regulador das condutas humanas, com vistas à organização e a paz social, necessita limitá-lo, para garantir a solidariedade social e a democracia.

Nesse sentido, pondera Daniel Sarmiento,

se é verdade que o constituinte rejeitou o modelo econômico socialista, da economia planificada, com a apropriação coletiva dos meios de produção, também é certo que ele não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à sua responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isso se faça necessário para a promoção da dignidade humana e da justiça social. [...] ⁶⁰

É a partir dessa moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. [...] A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial⁶¹.

Ainda que a doutrina continue a utilizar ambas as expressões, o que importa, hodiernamente, é que a autonomia dos particulares não é irrestrita, possuindo limites.

O conceito de autonomia da vontade, entendida como poder de auto-regulamentação dos indivíduos, com base na vontade ampla e irrestrita evolui para o conceito de autonomia privada. Vale dizer, a autonomia privada passa a ser definida como o poder de auto-regulamentação dos indivíduos nas relações negociais, dentro dos limites estabelecidos no

⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53.

⁵⁹ “Este absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foi bastante criticada pela doutrina e pela jurisprudência dominante durante o séc.XX. Os postulados teóricos revelaram sua face oculta: a liberdade e a igualdade, ideais do modelo humano abstrato que os fundamentava, ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. [...] Reconheceu-se que o exagero do poder da vontade humana ocultava as necessidades da vida social, com os deveres e as relações de interdependência que ela implica” (CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.84).

⁶⁰ Manifesta-se, nesse sentido, Aline Arquette Leite Novais, ao analisar os contratos: “na verdade, as transformações sociais sempre influenciaram sobremaneira o mundo jurídico. Assim, o contrato vem sofrendo mudanças significativas, que iniciaram, de maneira mais intensa, no período pós-guerra. [...] A partir de então, a sociedade começou a passar por processos como o aumento da população mundial, o que deu margem a novas relações jurídicas, massificadas ou coletivas; acarretando, também, um grande desequilíbrio social. [...] Posteriormente, com a segunda grande guerra, foram aprofundadas as transformações, levando o Estado a assumir novas posturas, sempre a caminho do Estado social, onde a preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual”. (Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.18).

⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.177.

ordenamento jurídico. A vontade ampla e irrestrita deixa, pois, de ser o fator único e determinante frente aos negócios jurídicos, devendo obedecer à delimitação imposta ou não proibida pela ordem jurídica.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 erigiu a autonomia privada à condição de direito fundamental.

Na lição de Paula Sarno Braga⁶², essa incorporação da autonomia privada como um dos princípios essenciais do direito privado só se justifica em razão das suas bases democráticas, que visam o estabelecimento de uma sociedade *livre* e pluralista, preservando-se a dignidade da pessoa humana.

E continua a autora:

A liberdade jurídica assegurada na CF não é meramente formal e negativa, mas substancial e efetiva. Mais do que impedir interferências externas abusivas à esfera de liberdade e autonomia dos indivíduos, a Carta Constitucional garante-lhes as condições materiais necessárias para o seu efetivo desfrute: institui mecanismos econômicos e sociais de tutela dos entes sociais mais vulneráveis, e do bem-estar comum. [...]

E mais. A autonomia privada reina na Constituição Federal, mas não absoluta. Além de esbarrar na esfera de autonomia de outros sujeitos privados, deve conciliar-se com os demais valores constitucionais assegurados pelo Estado Democrático de Direito, como igualdade, solidariedade, segurança, justiça social, autonomia pública (a democracia, cf. art. 1.º, parágrafo único, art. 60, §4.º, II, CF)⁶³.

Paulo Luiz Netto Lôbo⁶⁴ defende que o Estado Liberal assegurou os direitos de primeira geração, tais como a liberdade, a vida e a propriedade. O Estado social, por sua vez, impulsionado pelos movimentos populares, passa a assegurar também os direitos de terceira geração, de natureza transindividual, protegendo os interesses que ultrapassam os figurantes da relação negocial. Dessa forma, a Constituição do Estado social incorpora outra função, qual seja, a de reguladora da ordem econômica e social, que interfere diretamente nas relações, visando reduzir as desigualdades⁶⁵.

⁶² BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007.

⁶³ *Ibidem*, p.84.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a.4, v.16, out./dez, 2003.

⁶⁵ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifesta-se nesse sentido: DIREITO DO CONSUMIDOR. AUTONOMIA DA VONTADE E DIRIGISMO CONTRATUAL. 1) Até meados do século passado, o princípio da autonomia da vontade era aplicado de maneira quase que absoluta, não se envolvendo o Estado nas relações contratuais privadas. 2) Ocorre que é notório o desequilíbrio das partes em diversas relações contratuais, notadamente nas chamadas relações de consumo. Por esta razão, tomou força nas legislações de diversos países, o entendimento de que o Estado deveria interferir em determinadas modalidades de contrato, de forma a

A autonomia se constitui, portanto, um dos pilares da ordem jurídica. Segundo Érico de Pina Cabral⁶⁶, a negação radical desse princípio somente seria possível em um sistema em que a liberdade individual fosse limitada pelo poder absoluto de um estado totalitário. Em um sistema de liberdade, porém, o princípio da autonomia privada é essencial para a convivência social, devendo estar presente em todos os domínios da atividade humana, e não apenas nos aspectos econômicos. A autonomia privada, nesse contexto, serve de instrumento para a proteção constitucional da atividade econômica e para promoção do desenvolvimento social.

Antônio Menezes Cordeiro⁶⁷ acredita que o Direito postula um sistema aberto⁶⁸, não havendo sentido em limitá-lo. Dessa forma, cabe à autonomia privada, em cada sociedade, o papel de produzir efeitos jurídicos nas relações entre os indivíduos, já que há impossibilidade do Direito prever todas as consequências jurídicas do cotidiano.

Ademais, a autonomia privada liga-se, em termos materiais, a liberdades econômicas fundamentais, permitindo a livre produção de efeitos jurídicos na celebração de contratos e negócios jurídicos.

Por todo o exposto, defende-se que, com o desenvolvimento das sociedades no período pós industrial, a autonomia privada deve ser entendida como um espaço de liberdade atribuído às pessoas, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

preservar uma isonomia entre as partes contratantes. Neste movimento, chamado dirigismo contratual, a autonomia da vontade é limitada pelas normas de ordem pública, de observância obrigatória pelos contratantes. 3) Mesmo fora das relações de consumo, existem normas limitadoras da autonomia da vontade, provenientes do dirigismo contratual estatal, podendo citar como exemplo os arts. 421, 422, 423 e 424 do CC. 4) Realmente no direito comum, a autonomia da vontade, no que diz respeito à faculdade de se contratar, não foi restringida pelo dirigismo contratual. 5) O mesmo não se pode dizer das relações de consumo. 6) O Código de Defesa do Consumidor restringe a autonomia de vontade, tanto no que se refere ao conteúdo do contrato, como a própria faculdade de celebração do mesmo, conforme se extrai da leitura atenta dos seus artigos 6º, II e 39, IX. REFORMA DA SENTENÇA. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. [2005.001.13666](#). 5ª Turma Cível. Rel. Des. Antonio Cesar Siqueira. Julgamento: 14/06/2005. Disponível em: <[www.tjrj.gov.br](#)> . Acesso em: 15 out. 2008).

⁶⁶ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.93-94.

⁶⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, t. I.

⁶⁸ Emílio Betti defende que o direito não tem somente a função meramente estática de conservar imutável a distribuição dos valores econômicos e sociais existentes. Além disso, tem uma função dinâmica de lhe tornar “possível a perene renovação, de facilitar a circulação de bens e a recíproca utilização dos serviços, em conformidade com as necessidades que vão surgindo sucessivamente”. Essa renovação é possível por obra da autonomia privada. (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I, p.95-96).

2.3 LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada quando é chamada a atuar encontra limites no ordenamento jurídico.

Na lição de Emílio Betti⁶⁹, a autonomia privada encontra limites e exigências que antecedem o seu próprio reconhecimento jurídico. Esses limites consistem, sobretudo, na indisponibilidade dos requisitos e efeitos dos negócios.

Sendo um dos princípios fundamentais do direito privado, a autonomia encontra limites no ordenamento jurídico, em especial nos direitos fundamentais, na lei e na ordem pública.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges⁷⁰, em algumas situações, caso as partes se omitam em relação a algum aspecto do trato negocial, o direito terá a função de suprir a declaração das partes. As normas serão, em poucos casos, de natureza cogente, e os indivíduos terão certas condutas impostas, sob pena do negócio não ser considerado válido.

Os negócios de natureza não patrimonial, ou seja, negócios que envolvem situações jurídicas existenciais, tais como doação de órgãos, cessão de uso de imagem, são mais protegidos e encontram seus limites, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da Constituição Federal)⁷¹.

Esses limites, vale ressaltar, são estabelecidos com o objetivo de equilibrar as relações entre os indivíduos, ou seja, “são fontes de obrigações e instrumentos de ajuste dos efeitos dos atos de autonomia privada quando se apresentam desproporcionais”⁷².

Érico de Pina Cabral informa que os referidos limites são estabelecidos em virtude da função social da autonomia privada, que consagra “o não individual, o bem comum e o bem estar de toda a coletividade, na realização dos interesses sociais sem desconsiderar ou eliminar os interesses do indivíduo”. E mais: “a função social é um princípio que se agrega à autonomia

⁶⁹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I, p.200.

⁷⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005

⁷¹ *Ibidem*, p.50. Segundo a autora, a autonomia privada não se resume aos negócios patrimoniais, envolvendo também as relações não patrimoniais. Eis a lição da autora: “a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de espermatozoides e óvulos, cessão de uso da imagem e de voz. [...] Quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados com os direitos da personalidade. É o que ocorre na atuação da autonomia privada sobre doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade, dentre outros”.

⁷² CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.119

privada formando um só standard jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que orienta o exercício dos direitos subjetivos na direção do bem comum e da justiça social”⁷³.

Compreendida a necessidade da existência de limites à autonomia privada, passa-se, nas próximas seções, à análise das fronteiras/limites à autonomia privada, extraídas do ordenamento jurídico.

2.3.1 Direitos fundamentais

No contexto do Estado liberal, em que prevalecia a autonomia da vontade, os direitos fundamentais limitavam-se apenas às relações públicas, com o Estado em um dos pólos.

Não existia vinculação dos particulares nessa fase, porque a autonomia da vontade e a liberdade negocial regiam todas as relações entre os atores privados.

Nesse período, existia um total distanciamento dos direitos fundamentais e o direito privado. Não se discutia, porém, a vinculação dos direitos fundamentais na atuação do Poder Público desde aquela época, porque o Estado sempre foi e será o maior destinatário das normas de direito fundamental⁷⁴. Assim, os referidos direitos fundamentais eram visualizados essencialmente a partir de uma perspectiva subjetiva, que cuidava de identificar apenas as pretensões que o particular poderia exigir do Estado.

A questão dos direitos fundamentais como limite à autonomia privada, porém, não é tão simples. Como se verá, alguns ordenamentos não admitem a vinculação dos particulares. Outros, entretanto, permitem amplamente a extensão das limitações impostas pelos direitos fundamentais ao âmbito particular. Isso porque os indivíduos também são titulares de direitos fundamentais e têm o poder de autodeterminação de seus interesses.

É a partir da década de 50 que surgem as primeiras vozes na Alemanha para discussão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

A primeira formulação de teoria sobre a aplicação de direitos fundamentais no contexto particular deve-se a Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho – o que se

⁷³ Ibidem, p.120.

⁷⁴ Pode-se afirmar que o Estado, hodiernamente, é o destinatário das normas de direitos fundamentais no sentido de dever jurídico de abstenção (não violação), bem como no de dever jurídico positivo de proteção a esses direitos.

deu através de uma sentença de 1954, que reconhece que “*los derechos fundamentales contienen ‘principios ordenadores para la vida social’ de carácter vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado*”⁷⁵. Mas a incidência direta dos direitos humanos nos vínculos privados, ou seja, a vinculação direta dos particulares, não prevaleceu, optando a doutrina e jurisprudência alemãs, como se verá nas próximas seções, pela sua eficácia indireta.

Hodiernamente, existem inúmeras teorias tentando solucionar a questão. Passa-se, então, a expor as principais teorias acerca do tema⁷⁶, sempre no intuito de analisar os direitos fundamentais como limites à autonomia privada.

2.3.1.1 *Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da state action*

Essa teoria foi defendida por Mangolt e Forsthoff, em contraposição à idéia de vinculação dos particulares defendida por Nipperdey⁷⁷.

Os autores defendiam que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado, ou seja, os direitos fundamentais somente limitariam as *state actions*. Dentre os argumentos invocados para a manutenção da doutrina da *state action*, segundo Daniel Sarmento, destacavam-se a tradição liberal em que foram cristalizados os direitos fundamentais e que a própria constituição alemã apenas previa a vinculação contra os desmandos do Estado. Além disso, a eficácia horizontal “fulminaria a autonomia individual, destruiria a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional, e conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático”⁷⁸.

⁷⁵ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 307

⁷⁶ Sobre as teoria acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, recomenda-se a leitura da obra de Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004)

⁷⁷ Nesse sentido, Juan Maria Bilbao Ubillos. (op. cit.) e Daniel Sarmento (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006).

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.140

Na Alemanha, essa corrente praticamente desapareceu, em virtude do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional Federal⁷⁹.

É, porém, no direito norte-americano que essa corrente tem maior expressão, inserido inclusive em sede constitucional. Tanto a doutrina como a jurisprudência, amparadas pela Constituição, impõem limitações apenas ao poder público⁸⁰.

Para essa corrente, a inserção da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais feriria a autonomia e a liberdade negocial tão preconizada em um Estado liberal.

Outrossim, o pacto federativo seria um outro argumento, uma vez que nos Estados Unidos da América compete aos Estados e não à União legislar sobre o direito privado, “a não ser se a matéria envolver o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *state action*, ou seja, a vinculação dos direitos fundamentais somente ao Poder Público, preserva a autonomia dos Estados impedindo que cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham nas relações privadas”⁸¹.

A partir da década de 40, porém, essa teoria sofre algumas limitações. A Suprema Corte passou a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando os particulares agirem no exercício das atividades de natureza tipicamente estatal estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Isso porque quando os particulares assumem funções de caráter público passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos dos poderes públicos.

Eis a lição de Juan María Bilbao Ubillos:

Uma solución alternativa, que en Europa no ha cuajado, es la ensayada en los Estados Unidos, en aplicación de la doctrina de la state action. Desde mediados del siglo XX, y siguiendo distintas vías, la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías Del Estado (state action) [...]. Los supuestos en los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse, pese a sua disparidad tipológica, em dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan materialmente el ejercicio de una ‘función pública’, y por outro, aquéllo en los que se detecta una ‘conéxion’ o ‘implicación’ estatal significativa em la acción impugnada por el demandante.

Simplicando mucho, la cuestión que se plantea es, en la primera hipótesis, si la actividad desarrollada por actores privados puede considerarse, analógicamente, una función propia del Estado; y en la segunda, si el poder público está

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.227

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.143

*suficientemente involucrado en esa actividad: los tribunales se encargarían de medir la intensidad de los contactos o las complicidades que puedan descubrirse*⁸².

A doutrina tem criticado essa teoria porque não há uma uniformidade e critérios na sua aplicação⁸³.

Defende-se a possibilidade de análise da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas utilizando-se a ponderação de interesses, vale dizer, deve-se analisar no caso concreto se é mais razoável proteger a liberdade individual do ator privado ou os direitos da suposta vítima do comportamento.

Nesse sentido, expressiva a idéia de Juan María Bilbao Ubillos:

*La verdadera solución, la que explica una forma más coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en nuestros tribunales civiles y laborales, es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una eficacia que tendrá que ser modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con que aquéllos entran en colisión*⁸⁴.

Em que pesem os argumentos de que essa teoria não atende aos anseios da sociedade atual, essa doutrina prevalece no direito americano⁸⁵.

2.3.1.2 Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais

⁸² UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.318

⁸³ Daniel Sarmento cita exemplos em que a aplicação da teoria não foi uniforme, em especial quando o terceiro caso é comparado aos dois primeiros: 1) Caso Alabama x Marsh, em que a empresa queria proibir testemunhas de jeová a pregar no interior de uma cidade de propriedade da empresa. A corte, com base na teoria, decidiu pela invalidade da proibição por considerar que a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto; 2) A Corte também se valeu dessa teoria para vincular partidos políticos, diante da recusa de comitês partidários de estados do sul dos EUA em admitir que pessoas negras se filiassem a eles ou participassem das suas eleições primárias; 3) Negou, porém, a existência dessa teoria na operação de corte de fornecimento de energia em shopping Center, por entender que uma fornecedora privada de energia elétrica não tinha de respeitar o devido processo legal para cortar o fornecimento a um cliente individual, sob o argumento de que a mesma não exerce função tipicamente pública, embora a atividade em questão tenha de ser licenciada pelo governo norte-americano. (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.143).

⁸⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.321

⁸⁵ Daniel Sarmento muito bem critica essa doutrina, nos seguintes termos: “enfim, parece-nos que a doutrina da state action, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e a ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir standards minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura geral dos Estados Unidos” (SARMENTO, op. cit., p.148).

Essa doutrina foi desenvolvida na Alemanha, pela primeira vez por Dürig, em 1956. Tornou-se concepção dominante no direito germânico⁸⁶.

Trata-se de uma visão intermediária da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais não ingressam no direito privado como os direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. A proteção da autonomia privada pressupõe que os particulares possam afastar os direitos fundamentais nas relações negociais, o que seria inadmissível em face do Poder Público⁸⁷.

Não há, pois, uma aplicação direta desses direitos, mas, sobretudo, uma vinculação indireta, através da atuação do legislador, ou seja, a ele cabe a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. Compete ao legislador proteger os direitos fundamentais na esfera privada, sem descuidar da autonomia privada. Segundo Daniel Sarmento, “essa primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com o princípio da separação de poderes”⁸⁸.

Ao Judiciário apenas cabe o papel de preencher cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação de normas privadas incompatíveis com os direitos. Apenas caso não haja conceitos indeterminados ou cláusulas gerais é que o juiz poderia aplicar diretamente os direitos fundamentais, independente da mediação do legislador⁸⁹.

Na lição de Jane Gonçalves Pereira,

a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares ocorre de forma indireta ou mediata, no momento em que o legislador intervém concretizando a norma constitucional ou quando o juiz interpreta o direito à luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei. O principal fundamento da tese da eficácia

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.238.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.149

⁸⁸ *Ibidem*, p.151

⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

mediata é a idéia de que o reconhecimento de uma eficácia direta importaria, em última análise, no total esvaziamento da autonomia privada⁹⁰.

A crítica que se faz a essa a doutrina da aplicação mediata dos direitos fundamentais por intermédio da lei considera que esta não tem o poder de regular todas as possibilidades de afronta aos direitos fundamentais, além do risco de, “em vez de dar ensejo a uma interpretação das regras de Direito Privado a partir de valores consubstanciados nos direitos fundamentais, se modificar, derrogar ou até mesmo criar uma nova regra, sobretudo no que respeita à atuação judicial”⁹¹.

2.3.1.3 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais

A teoria imediata, como dito alhures, foi defendida pela primeira vez por Hans Carl Nipperdey⁹², a partir de década de 50, na Alemanha. Na visão do autor, alguns direitos previstos na Constituição vinculam apenas o Estado, outros, porém, em virtude da natureza, devem ser aplicados diretamente na relação entre particulares, sem a necessária interferência do Estado. Alguns direitos fundamentais, pois, revestem-se de oponibilidade *erga omnes*. Isso porque os perigos que cercam os direitos fundamentais não advêm somente do Estado, mas também do poderio social e econômico de alguns⁹³.

⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.161

⁹¹ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.125. Daniel Sarmento aponta três críticas à doutrina. Eis a lição do autor: “por um lado, há quem afirme, à direita, que a impregnação das normas do direito privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais. De outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário. E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada da interpretação conforme à Constituição” (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.155).

⁹² “Nipperdey argumenta que há algumas normas de direitos fundamentais que não se restringem à proteção de uma esfera de liberdade ante o Estado; elas também garantem aos particulares, nas relações que estes mantém entre si e sobretudo nas relações em que os sozialmächte (‘poderes sociais’) participam, um status socialis, isto é, uma posição jurídica do particular ante os demais particulares. A Drittwirkung imediata, porém, não se limita aos casos de desigualdade entre particulares, eis que os direitos fundamentais são posições concedidas pela Constituição aos particulares, independente do seu poder ou influência” (apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004)

⁹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.146

Segundo Daniel Sarmento, os adeptos dessa teoria “não negam a existência de especificidades nessa incidência, nem a necessidade de ponderar os direitos fundamentais em jogo com a autonomia dos particulares envolvida no caso”⁹⁴. Não se trata de uma doutrina radical, pois essa doutrina não prega a desconsideração da autonomia dos particulares nas suas relações.

Wilson Steinmetz coaduna com esse entendimento. Eis a lição do autor:

A exemplo da teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão – uma subjetiva, outra objetiva – e uma eficácia operante em todo ordenamento jurídico. Essas são as semelhanças. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direito fundamentais nas relações entre particulares. Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. Direitos e obrigações nas relações entre particulares podem e devem ser deduzidos diretamente das normas de direitos fundamentais⁹⁵.

Essa teoria não logrou êxito na Alemanha, porém é aceita na Espanha e em Portugal.⁹⁶

Em Portugal, a extensão dos direitos fundamentais nas relações privadas foi prevista diretamente pelo constituinte através do art. 18, nos seguintes termos:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos⁹⁷.

[...]

Para Juan María Bilbao Ubillos, admitir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma solução, nos dias atuais, praticamente inevitável. Segundo o autor não há incompatibilidade na regulação pelo legislador e aplicação em caso de não haver norma legal, vale dizer,

admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados em determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos através de la ley. Ambas as modalidades son perfectamente compatibles: lo normal y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos em las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no

⁹⁴ Ibidem, loc. cit.

⁹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.167-168.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol.I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.78

*existe, em ausencia de la ley, lãs normas constitucionales pueden ser aplicadas directamente*⁹⁸.

Válido ressaltar que essa teoria deve, sim, ser aplicada, mas sempre observando alguns parâmetros. O primeiro deles seria a verificação das desigualdades e os direitos e deveres dispostos na relação jurídica.

Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva informa que há dois níveis distintos de vinculação aos direitos fundamentais pelos particulares: os poderes privados estariam diretamente vinculados, como destinatários dos direitos fundamentais, enquanto os demais atores privados, envolvidos em relação que não tem desigualdade, estariam adstritos a um dever geral de respeito mútuo, de boa-fé⁹⁹.

Ana Prata também adere à teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, ao informar que:

[...] é inegável que o sentido da afirmação do carácter imediatamente preceptivo das normas consagradores de direitos fundamentais é – e nisto todos os autores estão de acordo – o de preservar a liberdade individual, no seu diversificado conteúdo de direitos fundamentais, dos atentados não apenas do Estado, dos poderes públicos, mas de quaisquer outros que possam, actuando em nome da liberdade individual, ofender esta até à supressão efectiva.

Deixarem os direitos fundamentais de ser meros instrumentos da defesa da liberdade do cidadão contra o Estado é, aliás, só por si, uma concepção superadora da tradicional colocação do problema da liberdade como pólo oposto à autoridade, por outro lado, e da clássica consideração da posição de igualdade de todos os cidadãos no seio da sociedade civil, por outro¹⁰⁰.

Essa teoria é dominante em diversos países, sendo adotada inclusive no ordenamento jurídico pátrio¹⁰¹.

⁹⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.317.

⁹⁹ Brunela Vieira de Vincenzi (*A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p.163) defende que “a boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem reboços, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), está elevando a uma grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios”. Vale dizer, não há consagração expressa do princípio da boa-fé objetiva, mas a partir de princípios e valores constitucionais expressos, tais como o contraditório, a solidariedade social, dignidade, é que se pode visualizá-lo.

¹⁰⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [1982?], p.137

¹⁰¹ Em 2005, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no julgamento do RE 201.819. Eis a transcrição do julgado: *EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações*

2.3.1.4 Teoria dos deveres de proteção

Parte da doutrina alemã, a exemplo de Claus Canaris, passou a defender outra tese no que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais direcionam apenas o Estado, especialmente o estado-legislador, evitando riscos para a autonomia privada, além de proteger os particulares do ativismo judicial. Isso porque quando o legislador deixa de cumprir o seu papel de salvaguarda dos direitos fundamentais não cabe ao juiz fazê-lo, sendo que a questão apenas

entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (grifo nosso). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário n. 201819, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> >. Acesso em: 15 nov. 2007).

Na antiga redação do artigo 57 do Código Civil, não havia previsão expressa sobre a necessidade de um procedimento para exclusão do associado, com obediência à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Essa norma, porém, foi alterada pela lei 11.127/2005. Isso porque os entes associativos não podem punir o associado por transgressões às normas previstas no estatuto sem antes passar pelo devido processo legal, aí entendido o devido processo em seu aspecto material e formal. Eis a atual redação: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previsto no estatuto”.

poderia ser resolvida pelo controle de constitucionalidade por omissão, que na Alemanha é concentrado no Tribunal, e não permite a elaboração de norma pelo Judiciário¹⁰².

Claus Canaris defende que os direitos fundamentais assumem dupla função: como proibições de intervenção e imperativos de tutela. Vale dizer, os direitos fundamentais servem como proteção aos cidadãos para que o Estado não intervenha nos seus bens jurídicos fundamentais, assim como obrigam o Estado a proteger um cidadão perante o outro (dever de proteção positiva).

O autor apresenta algumas conclusões, a saber:

[...] destinatários das normas de direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado.

[...] o objeto de controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas as regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais [...]¹⁰³.

E continua o autor:

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro¹⁰⁴.

Na verdade, segundo Daniel Sarmento¹⁰⁵, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário. O autor critica essa teoria ao expor que a teoria dos direitos fundamentais encobre o fato de que, na sociedade contemporânea, só por preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os que não detêm poder econômico e social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, essa teoria deixa a esfera privada refém da vontade do legislador, negando ao cidadão uma proteção adequada¹⁰⁶.

De fato, o Estado tem o dever de proteção, não somente o de abster-se, mas de ação positiva.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p.167

¹⁰³ CANARIS, Claus- Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.55

¹⁰⁴ Ibidem, p.58

¹⁰⁵ Na lição do autor, apesar da diferença na formulação, as teorias dos deveres de proteção e da eficácia mediata em muito se aproximam quanto aos efeitos, porque ambas reclamam, em princípio, a mediação do legislador.(SARMENTO, op. cit., p.167)

¹⁰⁶ Ibidem, p.168

Mas não só. A esfera privada deve ser destinatária dos direitos fundamentais, sobretudo diante das desigualdades graves que assolam os diversos países e, em grau acentuado, o Brasil.

Não deve prevalecer o argumento de que haverá comprometimento da autonomia privada, pois a proteção de um direito fundamental de um particular esbarra na autonomia e liberdade privada do outro – que também é titular de direitos fundamentais. Mas esse choque não acarreta a sobreposição ou mitigação de direitos de um cidadão sobre o outro. Basta, para tanto, que “o legislador ou o juiz os conforme e harmonize, tomando como diretriz a máxima da proporcionalidade”¹⁰⁷.

Na desigualdade entre as partes, muito importante se faz a aplicação dos direitos fundamentais, “porquanto venha combater os cerceamentos e tolhimentos de liberdade da parte mais vulnerável, preservando seus direitos mais essenciais”¹⁰⁸.

Pode-se afirmar que, nesses casos, não há ameaça à autonomia privada mas, sobretudo, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais serve para resguardar a autonomia dos indivíduos¹⁰⁹.

2.3.1.5 Teoria no panorama constitucional brasileiro

Não há dúvida que o tema hoje bastante discutido é o da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e da possibilidade de aplicação imediata desses direitos.

Isso porque, de fato, a Constituição de 1988 é intervencionista e social, consagrando um modelo de Estado Social, que protege o cidadão, em suas relações, das desigualdades. Não há apenas um dever de abstenção do Estado, mas uma efetiva tutela protetiva, incluindo, no bojo constitucional, garantias fundamentais voltadas contra os particulares.

Não há, pois, na Constituição brasileira, a vinculação direta dos direitos apenas pelo Estado. Ao revés, a adoção dos diversos direitos consagrados no art. 5º prevê uma vinculação direta de todos os sujeitos, sejam atores públicos ou privados.

Nesse sentido, Paula Sarno Braga:

¹⁰⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.119

¹⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

¹⁰⁹ Ibidem, loc. cit.

Na verdade, as *relações particulares desequilibradas* (relações pessoa-poder privado) muito se assemelham às *relações públicas* (relações pessoa-poder público), razão por que a incidência imediata dos direitos fundamentais se impõe e deve dar-se de forma muito similar – e, portanto, intensa. Já nas *relações particulares mais equilibradas* (relações pessoa-pessoa) só se deve aceitar uma vinculação direta dos direitos fundamentais quando estiver em jogo a dignidade da pessoa humana ou uma invasão injusta na esfera da intimidade pessoal, ou seja, se maior é o grau de desigualdade, mais ativa será a incidência dos direitos fundamentais da parte mais fraca, e quanto menor for a desigualdade, mais respeito deve haver à autonomia.

Assim, a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais envolve o problema da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Essa ponderação, observando sempre o princípio da dignidade humana, deve ser feita primeiro pelo legislador e, na falta de norma, ou diante da inadequação, pelo juiz. Isso é muito importante para que o juiz tenha parâmetros, evitando discricionariedade e fortalecendo a segurança jurídica¹¹⁰.

Segundo Daniel Sarmento¹¹¹, os principais argumentos contrários à tese da vinculação direta são:

- a) vinculação compromete em demasia a autonomia privada;
- b) ela é antidemocrática, pois importa atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador que, de fato, é o autorizado a ponderar direitos e deveres constitucionais nas relações;
- c) ausência de segurança jurídica;

Todos os argumentos não encontram lastro no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação ao comprometimento da autonomia privada, viu-se, alhures, que a vinculação direta dos direitos fundamentais antes de tudo resguarda a referida autonomia.

Isso porque,

[...] tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo do direito privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro desalentador impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do status a quo. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça¹¹².

¹¹⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

¹¹¹ *Ibidem*, p.174

¹¹² *Ibidem*, loc. cit.

O argumento de que a tese é antidemocrática também não deve prevalecer. De fato, a prioridade na concretização dos direitos fundamentais é do legislador, mas isso não obsta a aplicação direta da Constituição nos casos em que inexistente norma reguladora específica que discipline a matéria¹¹³.

A segurança jurídica também não está comprometida com a tese da vinculação direta. Ao revés, o ordenamento pátrio resguarda não só a segurança jurídica como valor fundamental, mas, sobretudo, a justiça. Na lição de Daniel Sarmiento, não há dúvida sobre o ganho, em termos de justiça substancial, da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas¹¹⁴.

Vê-se, pois, que não há dúvida quanto à aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, sem, com isso, ferir a autonomia privada dos particulares nos tratos negociais, ou, até mesmo, nas relações não patrimoniais. Aos revés, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas resguarda a autonomia privada dos indivíduos nos tratos patrimoniais e não patrimoniais.

2.3.2 Boa-fé objetiva

Paula Sarno Braga¹¹⁵ defende que sobressai, nos negócios jurídicos, o princípio da boa-fé objetiva¹¹⁶, impondo que os seus processos de formação e execução sejam cooperativos e leais. O princípio da boa-fé objetiva assume o papel incontestado de controle efetivo do despotismo privado, ou seja, passa a controlar os abusos no exercício do poder negocial.

¹¹³ “Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal”. (Ibidem, p.179)

¹¹⁴ Ibidem, p.176

¹¹⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007

¹¹⁶ Foi no Direito germânico que se desenvolveu a boa fé objetiva, na forma como é concebida atualmente. Na Alemanha, a boa fé objetiva é considerada um princípio absoluto, que domina todo o direito obrigacional. No Brasil, o princípio da boa fé objetiva foi consagrado implicitamente com a Constituição de 1988. O Código Civil de 1916 não previa a boa fé objetiva, mas a subjetiva, relacionada ao estado anímico, interior, psicológico dos sujeitos. (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.26-27). O Código Civil de 2002 dá tratamento significativo ao princípio da boa fé objetiva no direito contratual.

Segundo Fredie Didier Júnior¹¹⁷, a cláusula geral da boa-fé objetiva é uma norma de direito civil que deve orientar as relações privadas. Além disso, a cláusula geral da boa-fé no processo, “colore e qualifica o contraditório”, e está em consonância com o princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República (art. 3º, I, CF/88), tendo profundo conteúdo ético.

António Manuel Rocha e Menezes Cordeiro defende que a boa-fé objetiva, como cláusula geral, implica uma margem larga de discricionariedade ao intérprete-aplicador do direito. Isso porque “mesmo quando trabalhado com todos os instrumentos que a Ciência Jurídica actual é capaz de desenvolver, o Direito não diz, por exemplo, até onde vão os deveres de informação e de lealdade subjacentes à boa-fé¹¹⁸”.

Brunela Vieira de Vincenzi defende que a boa-fé objetiva está na Constituição Federal. Isso se deve ao fato do constituinte estabelecer como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e objetivo fundamental da República, entre outros, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), elevando, como isso, “a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios”¹¹⁹.

Paula Sarno Braga coaduna com esse entendimento ao expor que foi com a adoção, pela Constituição de 1988¹²⁰, dos valores como igualdade substancial, dignidade da pessoa humana e solidariedade social que se resgatou o princípio da boa-fé objetiva. Eis a sua lição:

Foi com a expressa adoção pela Constituição de 1988 de valores como igualdade substancial, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana (conforme indicado em seus Preâmbulo e Título I), que se resgatou um então esquecido princípio jurídico: a boa-fé objetiva [...]

A boa-fé, vista agora, sob nova perspectiva, não representa mais um estado anímico do sujeito, uma consciência sua, íntima e pessoal, mas, sim, uma regra de conduta de todas as relações obrigacionais. É a exigência de comportamentos que se conformam, objetivamente, com as diretrizes da lealdade, probidade e cooperação [...] ¹²¹.

¹¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.). *Leituras complementares de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.199

¹¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007. Segundo o autor, a repetição de julgados permite reduzir a margem de discricionariedade, focando pontos de referência essenciais.

¹¹⁹ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p.163.

¹²⁰ Impende salientar, por oportuno, que o princípio da boa-fé objetiva foi regulado pela primeira vez, em nível infraconstitucional, no Código de Defesa do Consumidor, arts. 4º, III e 51, IV

¹²¹ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.52.

Vale dizer, não há consagração constitucional expressa do princípio da boa-fé objetiva, mas a partir de princípios e valores constitucionais expressos, tais como o contraditório, a solidariedade social, dignidade, é que se pode visualizá-lo.

Mesmo não consagrada expressamente na Constituição de 1988, a boa-fé possui papel importante nas relações entre os indivíduos, assumindo três funções distintas, a saber:

- a) a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato;
- b) a de norma de criação de deveres jurídicos e,
- c) a de norma de limitação de direitos subjetivos¹²².

A seguir, serão tratadas cada uma das funções.

2.3.2.1 Função de cânone hermenêutico-integrativo do contrato

Na primeira função, a boa-fé atua no sentido de preencher lacunas, uma vez que a relação contratual consta de situações nem sempre previstas pelos contratantes, ou seja, “a boa-fé, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”¹²³.

Nas relações negociais, há deveres que decorrem da vontade das partes e outros que decorrem do princípio da boa-fé, vale dizer, interpretar esse princípio significa, em última análise, garantir a sua funcionalidade.

Cristiano Chaves de Farias sintetiza algumas regras de interpretação extraídas de dispositivos do Código Civil¹²⁴, a partir do princípio da boa-fé objetiva:

- a) as palavras e expressões ambíguas devem ser interpretadas pelos costumes locais;
- b) as expressões não compreensíveis são tidas como não escritas;
- c) o conteúdo negocial só compreende as coisas sobre as quais podem as partes pactuar;
- d) os negócios que estabeleçam benefícios, privilégios, a renúncia e as cláusulas sancionatórias devem ser interpretadas restritivamente;
- e) as cláusulas de uso são subtendidas nos negócios; [...]¹²⁵

¹²² COSTA-MARTINS, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹²³ *Ibidem*, p.429

¹²⁴ Para extrair essas regras de interpretação, o autor cita 110 a 114 do Código Civil. (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005)

¹²⁵ *Ibidem*, p.401-402

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho informam que essa função é a mais conhecida pela doutrina. Isso porque o aplicador do direito deve extrair da norma, com base na boa-fé objetiva, o sentido “moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”¹²⁶.

Vê-se, pois, que o magistrado deve utilizar o princípio da boa-fé objetiva como suporte para interpretação dos negócios jurídicos.

2.3.2.2 Função de norma de criação de deveres jurídicos

Pela segunda função, a boa-fé objetiva assume a papel de dever instrumental ou, na lição de Judith Costa-Martins, os deveres de conduta, proteção e tutela. Esses deveres visam ao “exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”¹²⁷.

Trata-se, pois, “dos deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa fé [...]. Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independente da regulação voluntaristicamente estabelecida”¹²⁸.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citam, a título de ilustração, os deveres de lealdade e confiança recíproca, de assistência, de informação e de sigilo e confidencialidade como deveres anexos ou de proteção decorrentes da boa-fé objetiva¹²⁹.

Segundo os autores, as idéias de lealdade e de confiança inferem o estabelecimento de relações calcadas na transparência, bem como de crença na probidade moral de outrem, que será conquistada pela prática de condutas leais dos envolvidos nos negócios¹³⁰.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.69.

¹²⁷ COSTA-MARTINS, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

¹²⁸ *Ibidem*, p.440.

¹²⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p.70.

¹³⁰ *Ibidem*, p.71. Na lição de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, os deveres de lealdade incluem o dever de sigilo, quando as partes não podem desvendar informações que tenham conhecimento em virtude da negociação e que contrarie expectativa da outra parte; o dever de cuidado, no sentido de ser preservado na fase preliminar o escopo da formação válida do contrato, com exclusão de atos dolosos ou culposos que ponham em risco essa possibilidade e, por fim, o dever de atuação conseqüente, isto é, não se deve, de modo injustificado ou arbitrário, interromper uma negociação em curso, salvo com anuência da outra parte (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.583).

Pelo dever de assistência, as partes devem colaborar para o correto adimplemento das obrigações definidas nos negócios¹³¹.

O dever de informação, por sua vez, estabelece que os participantes devem comunicar todas as características e circunstâncias do negócio jurídico, “por ser um imperativo de lealdade”. Na lição de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, o dever de informação adstringe as partes a prestação de todos os esclarecimentos essenciais à conclusão honesta do contrato. Esses deveres, “tanto podem ser violados por acção, portanto com indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer”¹³².

Em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a violação ao dever de informação (ou qualquer dever anexo) pode gerar a responsabilização civil, independente de culpa. Tanto é assim, que foi aprovado o Enunciado 24, na Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, nos seguintes termos: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”¹³³.

Por fim, ainda há o dever anexo de sigilo ou confidencialidade, que pressupõe que as partes, em estabelecendo cláusula específica, não podem, durante a vigência do contrato ou mesmo após, divulgar dados ou informações estabelecidas como sigilosas.

2.3.2.3 Função de norma de limitação de direitos subjetivos

A boa-fé objetiva, na terceira função, apresenta-se como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção.

¹³¹ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro opina no sentido de que o dever de assistência tem um papel de relevo nos contratos de trabalho, assumindo essa feição a partir do dever de lealdade (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007).

¹³² MENEZES CORDEIRO, op. cit., p.583.

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.75. Para elucidar o aspecto do dever de informação, os autores relatam o caso de um comprador de automóvel que indaga ao gerente da concessionária a respeito da revenda do automóvel. O negócio é fechado sob a perspectiva da facilidade de revenda, mas após o período de três meses o automóvel sofre uma desvalorização de 50%, por sair de linha de produção. Nesse caso, ainda que o gerente não soubesse do fim da produção do veículo, não configurando, portanto, omissão dolosa, a concessionária pode ser responsabilizada pela violação ao dever anexo de informação, que não pressupõe a configuração específica de dolo ou culpa.

Através dessa função se busca evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, não se admitindo mais “as cláusulas leoninas ou abusivas” em qualquer negócio jurídico¹³⁴.

A boa-fé, nesse campo, tem peculiaridade em matéria de resolução contratual¹³⁵.

Há, na lição de Clóvis Couto e Silva, uma linha divisória entre a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade.

Constituindo a boa-fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer uma linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade.

A prestação principal do negócio é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou da declaração juridicizada.

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados a deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam na vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica de interesses¹³⁶.

Importante salientar que o princípio da boa-fé objetiva vincula o ordenamento através de uma cláusula geral¹³⁷. A boa-fé, prevista no art. 422 do Código Civil¹³⁸, deve ser interpretada

¹³⁴ Ibidem. Os autores trazem como violação a esse dever anexo o contrato que preveja a impossibilidade de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão em benefício da parte prejudicada. “Essa violação, além de iníqua, viola a função social do contrato e a boa-fé objetiva, por ser inegavelmente abusiva”.

¹³⁵ Judith Costa-Martins informa que, “diferente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico”. Essa função social é resguardada pelo princípio da boa fé objetiva (COSTA-MARTINS, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.457).

¹³⁶ apud BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007.

¹³⁷ Na lição de Rodrigo Mazzei, o Código Civil de 2002, para que tivesse êxito como codificação móvel, propiciando a aplicação da lei por um período maior, utilizou-se de cláusulas gerais. Estas, “são normas lançadas em forma de diretrizes, dirigidas ao Estado-juiz, que deverá – dentro do que foi previamente traçado pelo legislador – dar a solução mais perfeita, observando para a concretização da atuação judicial não só o critério objetivo, mas também as situações particulares que envolvem cada caso”. (MAZZEI, Rodrigo Reis. *O novo Código e o Judiciário*. In: DIDIER Jr. Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo Código no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p.29).

Judith Costa Martins também assim leciona: “Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos. Não sendo apenas cláusulas de intenção, constituem disposições normativas

conforme o texto constitucional, e pode atuar em qualquer negócio jurídico, avaliando os sujeitos da relação em suas diferenças econômicas e sociais e determinando a validade dos atos estabelecida pela liberdade das partes¹³⁹.

Percebe-se, portanto, que em toda relação obrigacional, ao lado dos deveres avençados, frutos da autonomia privada das partes, há deveres laterais, anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, que limitam a atuação dos particulares, tendo em vista a lealdade, confiança, cooperação nos tratos negociais¹⁴⁰.

É preciso salientar, entretanto, que a cláusula geral da boa-fé deve ser observada não somente durante a execução e quando da conclusão dos contratos. Esse princípio deve incidir em todas as fases, isto é, na fase das tratativas, durante e após a conclusão dos contratos. A quebra dos deveres anexos de proteção pode gerar a responsabilidade civil do infrator, independente de culpa¹⁴¹.

que utilizam, nos seus enunciados, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se, também, pela ampla extensão de seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização podem estar fora do sistema” (COSTA-MARTINS, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos/civil/artigo04.htm>>. Acesso em: 24 set.2007, p.1);

A vagueza da cláusula geral é proposital, ou seja, através das cláusulas busca-se a concretização da justiça, pois os conceitos vagos tendem a alcançar maior longevidade, já que poderá ser preenchido com valoração atual, desde que respeitado o limite legislativo.

¹³⁸ Art. 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

¹³⁹ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006, p.290.

¹⁴⁰ Coaduna com esse entendimento Cristiano Chaves de Farias, para o qual “a boa-fé é a busca do equilíbrio. Constitui-se, a um só tempo, na estipulação de deveres anexos, implícitos, nos negócios, impondo probidade, ética, honradez e informação, mesmo não estando previstos expressamente na declaração negocial, além de limitar o exercício dos direitos subjetivos, evitando o abuso de direito e, finalmente, servindo como fonte de interpretação dos negócios jurídicos”. (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.399)

¹⁴¹ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que mesmo nas tratativas preliminares, na denominada fase de pontuação, a boa-fé deve incidir. A quebra dos deveres de proteção pode culminar na responsabilidade do infrator em qualquer uma das fases do negócio. Por esse motivo, os autores informam que o atual art. 422 é deficiente, por não prever a aplicação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Percebendo a deficiência do dispositivo, há um projeto de lei (Projeto n.6.960, de 2002, atual n.276/2007) que pretende modificar o dispositivo legal, para incluir na redação a obrigação dos contratantes guardarem, em todas as fases do contrato, os princípios da probidade e boa-fé. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.77-81). Nesse sentido, manifesta-se António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: “a amostragem jurisprudencial realizada indicia que, no período pré-contratual, têm sido colocadas e resolvidas questões que ultrapassam, com clareza, o âmbito de uma negociação regular. Não está, pois, em causa um mero problema de salvaguarda da autonomia privada, que possa ser resolvido, seja através de um reafirmar, também na fase preliminar, da eficácia jurídica da liberdade negocial, seja de um salvaguardar, mediante uma compartimentação dos deveres das partes, dessa mesma liberdade. Os deveres de protecção das partes, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios, não têm a ver com o contrato projectado, sendo algo forçado defender que protejam uma <<contratação>> em geral”. O autor cita o art. 229 do Código Civil Português, que é expresso na necessidade de aplicação do princípio da boa-fé

2.3.3 Limitação normativa

Além dos direitos fundamentais e do atendimento à boa-fé objetiva, os particulares não podem excluir os elementos de existência e os requisitos de validade dos negócios jurídicos previstos legalmente.

Reside aí a limitação normativa à autonomia privada nos negócios jurídicos, vale dizer, “os pressupostos, assim como a maioria dos efeitos do negócio jurídico em geral, não estão sujeitos à disposição das pessoas, por não serem atingidos pelo poder da autonomia privada, uma vez que estão sob outra competência, a da lei, ou seja, não estão sob alcance do sujeito de direito[...]”¹⁴².

No que diz respeito à limitação normativa, Emílio Betti defende a possibilidade da ordem jurídica comportar-se de três maneiras diferentes, assumindo a conotação de negócios irrelevantes, ilícitos e ilegais.

A figura do negócio irrelevante se apresenta quando o Direito adota uma atitude de indiferença perante o negócio jurídico.

Esse negócio pertence ao campo da autonomia privada, que “o direito não protege, nem combate”, deixando submetido às regras de comportamento, às necessidades políticas, sociais e econômicas da sociedade¹⁴³.

Segundo Emílio Betti, “a função socialmente relevante a que se dirige a autonomia privada pode, sob o império dessas regras, excluir a oportunidade de uma mais enérgica sanção da ordem jurídica, segundo a contingente valoração desta, quer por não ser suficiente para justificá-la, quer por não necessitar de obtê-la”¹⁴⁴.

também nas fases preliminares e de formação dos contratos (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.553-574).

¹⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.58.

¹⁴³ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I, p.239.

¹⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

Já os negócios reprovados pelo Direito são qualificados como ilícitos. Nesse caso, a autonomia privada é empregada com fins anti-sociais, ofendendo interesses, gerais ou particulares, que a ordem jurídica de uma sociedade favorece ou protege¹⁴⁵.

Impende salientar que a qualificação da ilicitude de um negócio jurídico terá alcance e sanções diferentes a depender da importância social do interesse que ele ofende¹⁴⁶.

Quando o negócio é utilizado para lesar interesses de ordem geral, isto é, interesses da sociedade como um todo, ocorre uma desnaturação da função social da autonomia privada, o que implica, na esfera cível, a invalidade do negócio jurídico¹⁴⁷.

Quando, porém, no negócio realizado, uma das partes tenta mitigar ou lesionar direitos da outra parte, ou de terceiros, excedendo ao limite social à autonomia privada, a sanção civil pode não ser a de nulidade absoluta. Vale dizer,

[...] esta violação das obrigações de correção e de boa fé, ou de respeito ao direito alheio, não justifica, aos olhos da lei, a sanção, talvez excessiva, da nulidade do negócio, mas de uma reacção da contraparte ou de terceiro, destinada a paralisar-lhe os efeitos, na medida em que eles lhe prejudicam, ou, pelo menos, a restabelecer, equitativamente, o equilíbrio patrimonial. Na verdade, nos casos agora considerados, a figura da ilicitude não abarca todo o negócio, mas somente um certo aspecto dele, circunscrito ao critério da boa fé entre as partes e à sua relação com determinados terceiros, na medida em que estes possam ser por eles prejudicados¹⁴⁸.

Por fim, tem-se os negócios ilegais, ou irregulares.

Esses negócios são desprovidos dos requisitos previstos em lei, vale dizer, embora não reprovados pelo Direito, não possuem os requisitos exigidos por lei para obter a adequada proteção do ordenamento. São negócios inidôneos, porque não podem ser resguardados em sua plenitude, conforme a intenção das partes.

¹⁴⁵ Ibidem, p.224.

¹⁴⁶ Manuel A. Domingues de Andrade ressalta que é tradicional classificar a lei em quatro grupos, a depender das consequências geradas em razão da infração às leis proibitivas dos negócios jurídicos, a saber: “1) *leges perfectae*. São aquelas cuja sanção reside unicamente na nulidade dos respectivos negócios. É o caso geral quanto às normas proibitivas do direito privado; 2) *leges plus quam perfectae*. São aquelas cuja transgressão, além da nulidade, acarreta uma pena para os infractores. É a regra quanto às leis penais que proíbem certos negócios jurídicos; 3) *leges minus quam perfectae*. A sua violação só dá lugar a uma pena. É muitas vezes, senão normalmente, o caso das leis de direito público que visam pôr restrições à liberdade econômica, para a melhor organização da economia geral; 4) *Leges imperfectae*. Aqui não há lugar à nulidade dos respectivos negócios, nem mesmo a uma pena; a sanção aplicável é doutro gênero. Mas não deixa de existir. Estas leis procuram por outros meios obstar à conclusão dos negócios proibidos”. (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1998, v.2, p.336-337).

¹⁴⁷ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I, p.227. A lesão ao interesse geral pode ser tão grave que mereça a proteção penal, qualificando o negócio realizado como crime.

¹⁴⁸ Ibidem, p.227-228.

Na lição de Daniel Sarmiento¹⁴⁹, a limitação normativa faz-se imprescindível, porque se toda autonomia privada fosse absoluta, os valores de igualdade, solidariedade, segurança não poderiam ser resguardados e a sociedade estaria fadada a viver em anarquia, em um permanente “estado de natureza”, com a prevalência da vontade do mais forte.

Eis a sua lição:

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral de liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda uma sociedade. *Numa democracia, estas intervenções estatais no campo da autonomia privada são viabilizadas, sobretudo, através da lei editada pelos representantes do povo, traduzindo manifestação da autonomia pública do cidadão.* Com isto, tais intervenções se reconciliam com a idéia de liberdade num sentido mais amplo. No conceito de lei, incluímos também, como não poderia deixar de ser, a mais importante dentre todas, que é a Constituição, eis que ela não depende da mediação do legislador ordinário para incidir diretamente sobre as situações de fato¹⁵⁰ (grifo nosso).

Válido ressaltar que há limites para a própria lei. Existem dimensões da autonomia privada tão relevantes para a sua dignidade que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador. No Estado contemporâneo, as esferas das decisões existenciais, de caráter afetivo, religioso, ideológico abrem espaço para limitações mais profundas às liberdades de contratar e de desfrutar de direitos patrimoniais, somente se justificando em face da necessidade de promover a igualdade material e outros valores sociais¹⁵¹.

2.3.4 Ordem pública

Outra limitação à autonomia privada diz respeito à ordem pública.

Manuel A. Domingues de Andrade defende que uma das restrições atinentes ao objeto do negócio jurídico é a contrariedade à ordem pública, quer dizer, “aos interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes que constituem como que um substrato desse sistema”¹⁵².

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.231.

¹⁵⁰ Ibidem, p.231.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1998, v.2, p.335.

As normas de ordem pública, nesse sentido, são limites à autonomia privada, decorrendo de intervenção, de caráter geral, das políticas do Estado, no sentido de alcançar todos os indivíduos. Essas normas visam garantir a segurança das relações jurídicas, em que o interesse público deve sobrepor-se ao particular.

Miguel Reale classifica as normas de ordem pública como normas cogentes¹⁵³. Ordem pública, segundo o autor, “traduz a ascendência ou o primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam”¹⁵⁴.

O autor justifica a norma de ordem pública como um limite a ser seguido ao informar que o “Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados”¹⁵⁵.

Francisco Amaral conceitua a ordem pública como “o conjunto de normas que regulam interesses fundamentais do Estado ou que estabelecem, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica e social”¹⁵⁶.

As normas de ordem pública, portanto, referem-se à liberdade, à igualdade dos cidadãos, ou seja, são indispensáveis à organização social¹⁵⁷. Por conta disso, limitam a eficácia da vontade do particular em face das normas jurídicas que emanam do Estado¹⁵⁸.

Essas normas, na lição de Pedro Arruda França, são criadas para limitar a autonomia privada face ao interesse público. Isso porque “as exceções opostas nos corpos legislativos dos Estados à autonomia da vontade decorrem do fato da variação de pensamento, dominação em cada época e em cada Estado, resultante da ideologia plasmada em conceitos éticos, políticos, filosóficos e religiosos”¹⁵⁹.

¹⁵³ Mário Helton Jorge divide o direito cogente apresenta-se através de normas preceptivas e proibitivas. As primeiras ordenam uma ação, impõem a prática de determinado ato, determinam obrigações de forma imperativa. Já as proibitivas são as que vedam determinadas ações, atos jurídicos. (JORGE, Mário Helton. A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente imparcialidade. *Revista dos Tribunais*, a.95, v.844, fev., 2006, p.58).

¹⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.131.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.131

¹⁵⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.80.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ No direito processual diz-se matéria de ordem pública os temas cuja apreciação pelo juiz pode se dar a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, a exemplo das condições da ação e dos pressupostos de existência e validade.

¹⁵⁹ FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.23.

Daniel Sarmiento sustenta que o direito positivo intervém nas relações desiguais, ditando normas de ordem pública, para resguardar a parte hipossuficiente. Isso não quer dizer que o ordenamento positivo desconsidere a autonomia dos particulares, ao revés, tenta proteger a liberdade, visando a igualdade material dos sujeitos relacionais¹⁶⁰.

A intervenção estatal, nesse contexto, tem o objetivo de proteger a parte mais frágil da relação, seja com o propósito de condicionar a autonomia privada à prossecução do interesse público, seja com a finalidade de interferir na relação entre particulares para resguardar direitos pautados na dignidade humana¹⁶¹.

2.3.5 Moral e bons costumes

Para Francisco Amaral, bons costumes devem ser entendidos como um conjunto de regras morais de um povo, ou seja, devem ser entendidos como o aspecto moral da ordem pública¹⁶².

Manuel A. Domingues Andrade¹⁶³, no estudo sobre os negócios, informa que os negócios podem ser contrários à ordem pública, no que diz respeito ao seu objeto, por duas maneiras: por ilegalidade ou por imoralidade.

Na primeira, a lei proíbe o negócio. Na segunda, não há uma proibição expressa pela lei para a realização de certos negócios, ou seja,

[...] a lei não o proíbe ela mesma, mas só enquanto remete para as prescrições da moral, nelas como que delegando tal proibição. A lei não condena aqui certos negócios porque ela própria os considere imorais. Condena antes quaisquer negócios que a moral reprove. O conteúdo da norma proibitiva não é determinado pela lei mas sim pela moral. A lei nada mais faz do que subscrever em branco as prescrições da moral, como que impondo-lhes o selo da jurisdição, dando-lhes incontroladamente a chancela do direito¹⁶⁴.

Impende salientar, por oportuno, que a moral, limitadora da autonomia privada e proibidora da realização de determinados negócios, deve ser entendida como a moral pública, a moral

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

¹⁶¹ Ibidem. Roxana Cardoso Brasileiro Borges entende que ordem pública tem um alto valor para o direito. No estudo sobre a disponibilidade dos direitos da personalidade, defende a autora que a ordem pública é um fator limitante de alta importância, já que, em certas circunstâncias, pode ser colocada acima lei, uma vez que as regras de manutenção da ordem pública não são necessariamente escritas. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.135).

¹⁶² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

¹⁶³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da relação jurídica: facto jurídico*, em especial negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1998, v.2.

¹⁶⁴ Ibidem, p.331.

objetiva, que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata da moral que se observa e se pratica, mas da moral como um conjunto de regras aceitas pela consciência social¹⁶⁵.

Percebe-se que os conceitos de bons costumes e de moral são auto-referentes, na medida em que ambos se pautam na consciência da coletividade.

Tanto é assim que Francisco Amaral entende como fatores de limitação à autonomia privada a ordem pública, a boa-fé e os bons costumes, estes entendidos como “um conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos patrimoniais, do jogo, etc”¹⁶⁶.

Emílio Betti também coaduna com a idéia de bons costumes como limitadores à autonomia privada. O conceito de bom costume, nesses termos, deve ser interpretado de forma restritiva, limitando-se aos atos que sejam contrários à moral comum¹⁶⁷.

O conceito de bons costumes, porém, é variável de acordo com o tempo e lugar. Na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, os bons costumes abrangem o conjunto de regras éticas aceitas pelas pessoas honestas, corretas, de boa-fé, em um dado ambiente e momento¹⁶⁸.

Da análise dos conceitos, percebe-se que a utilização da moral e bons costumes como limitadores à autonomia privada é bastante delicada. Primeiro porque há dificuldade de se estabelecer um critério, um parâmetro para determinar o que seja moral comum, o que seja moralidade média¹⁶⁹. Em uma sociedade plural, que resguarda a liberdade de pensamento e valores dos indivíduos, esse critério, estabelecido a partir dos valores de homens médios, seria distorcido, já que a cultura é diversificada dentro da própria sociedade. Segundo, se os bons costumes coincidem com a moral e, grosso modo, se a moral coincide com a ética, “podemos

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.347.

¹⁶⁷ BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁶⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.552.

¹⁶⁹ Essa idéia de moralidade média remete, no campo do direito processual civil, à utilização das regras da experiência, utilizadas pelo julgador para pautar o seu convencimento. As regras da experiência, pois, consistem em juízos formados pela observação do que de ordinário acontece e fazem parte da cultura média do juiz e da sociedade. Essa idéia de cultura média do juiz, assim como o critério de moralidade, é bastante discutida, já que não há parâmetros objetivos a serem seguidos. Eis a crítica de Friedrich Stein: “*las máximas de la experiencia carecen también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica. No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa*”.(STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. [S.l]: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, [19-], p.29.

dizer, como afirmou João Maurício Adeodato, que, ‘quando se discute a respeito dos aspectos éticos, não se pode argumentar em termos de verdade, seja ela qual for. Aqui só se pode opinar e tentar persuadir. É o campo por excelência da retórica’¹⁷⁰.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges muito bem expõe:

Sem pretender separar o direito da moral ou tecer teorias sobre a relação entre ambos, considera-se que a moral, por si só, assim como os bons costumes, quando não refletidos em lei (que seja constitucional) ou quando não inferidos do ordenamento, não podem servir como barreiras jurídicas (pseudojurídicas) para as escolhas de vida de uma pessoa.

[...]

Enfim, por não se admitir a possibilidade de uma concepção objetiva da dignidade; por não considerar que a sociedade possa ser tida como sujeito autônomo, dotado de consciência e moral próprias; por não se considerar a sociedade como um corpo único, mas como uma pluralidade de individualidades diversificadas; por não se considerar que algum tipo de costume possa adequadamente ser considerado bom ou mau em si mesmo [...] a moral e os bons costumes, ambos, num Estado de Direito, democrático e pluralista, não podem constituir fatores isolados restritivos às liberdades pessoais [...]¹⁷¹.

Na lição de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a cláusula geral dos bons costumes faz remissão para a Moral. Esse entendimento, porém, levanta dificuldades intransponíveis: “para além das atinentes à determinação do que se tenha por ‘Moral’”, acresce que, por intuição imediata, apreende-se a existência de muitas regras morais estranhas em absoluto, ao Direito”¹⁷².

Percebendo a necessidade de concretizar a Moral, o BGB, na justificação dos motivos, adotou o critério de retirar da consciência popular dominante essa conceituação. Ocorre, entretanto, que esse critério não permite uma conceituação objetiva, levando a expressão “moral e bons costumes” à tradução de uma fórmula vazia¹⁷³.

Não se admite, sob pena de ferir os direitos dos envolvidos nas situações concretas, a utilização da moral e bons costumes como limites à autonomia privada. Esses conceitos são vagos e dependem de critérios frágeis de determinação, que são a consciência coletiva e os valores de um homem médio.

¹⁷⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005

¹⁷¹ Ibidem, p.136-137.

¹⁷² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.1216.

¹⁷³ Ibidem.

Não se pode esperar de uma sociedade pluralista uma consciência coletiva ou valores uniformes, destacados a partir de um homem médio. Limitar, como faz a doutrina, a autonomia privada a esses conceitos é um retrocesso¹⁷⁴.

Há muito, portanto, os conceitos de bons costumes e moral deviam ser desconsiderados, sob pena de ferir a liberdade dos indivíduos nos tratos negociais.

2.4 O NEGÓCIO JURÍDICO COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

São nos negócios jurídicos que principalmente estão presentes os atos de autonomia privada¹⁷⁵.

Na lição de Renan Lotufo, “o negócio jurídico é o meio para realização da autonomia privada, ou seja, a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras das relações jurídicas entre particulares [...]”¹⁷⁶. É através dos negócios jurídicos que os particulares auto-regulam seus interesses, estatuidando as regras a que quiseram subordinar o próprio comportamento.

Na lição de Orlando Gomes, domina “atualmente o pensamento de que o negócio jurídico exprime o poder de autodeterminação dos sujeitos de direito, notadamente no campo das relações patrimoniais”¹⁷⁷.

Mas não é só. A autonomia privada também abrange situações subjetivas existenciais, tais como, transplantes, doação de esperma e óvulos, dentre outros. Eis a lição de Roxana Borges: “quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada

¹⁷⁴ António Menezes Cordeiro reconhece a diferença entre os conceitos de bons costumes e ordem pública, porém percebe a necessidade de uni-los na aplicação do Direito. Eis a sua lição: “deve concluir-se que os bons costumes e a ordem pública, dotados de núcleos conceituais próprios – Moral social e princípios fundamentais inderrogáveis – são, à partida, diferentes; podem, no entanto, ter áreas de sobreposição. Assim, o núcleo fundamental dos bons costumes é de ordem pública, podendo mesmo ser de ordem pública internacional, na medida em que não ceda à autonomia privada e ao próprio Direito estrangeiro, quando seja chamado a estatuir no espaço interno; em consequência, regras incluídas na ordem pública podem, em substância, corresponder aos bons costumes. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.1223).

¹⁷⁵ Na lição de António Menezes Cordeiro, as regras do Direito das obrigações tendem a ser supletivas, na medida em que somente se aplicam quando não afastadas pela vontade das partes. Eis a redação do art. 405 do Código Civil Português: “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, t. I, p.394).

¹⁷⁶ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p.271

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.264

normalmente estão relacionados com os direitos da personalidade¹⁷⁸”. Tanto é assim que António Menezes Cordeiro¹⁷⁹ defende que no direito da personalidade a autonomia privada tem ampla utilização, desde que atenda a dois limites, a saber: ordem pública e as limitações voluntárias, que são sempre revogáveis.

Além disso, o autor informa que a autonomia domina o campo dos direitos reais, de família e sucessórios¹⁸⁰, cada um com as suas peculiaridades inerentes, mas conclui: “as limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição, o Direito Privado. Por isso e por extensas que se apresentem, elas nunca chegam a suprimi-la: as diversas situações civis relevantes repousam sempre na liberdade das pessoas”¹⁸¹.

A vontade, portanto, assume papel incontestado nos negócios jurídicos, ao lado de outros pressupostos para a sua formação e a sua validade.

Há diversas teorias que buscam explicar a noção de negócio jurídico como ato de vontade, dentre elas, duas se destacam: a teoria subjetivista e a objetivista, a seguir analisadas.

2.4.1 Teoria subjetivista

Essa teoria sustenta ser a vontade interna, psicológica, o elemento essencial do negócio jurídico¹⁸².

Para essa teoria, na divergência entre o querer e a vontade declarada prevalecia o primeiro, ou seja, a intenção e os efeitos do negócio seriam condições indispensáveis do negócio jurídico¹⁸³. A vontade era elevada ao patamar de dogma, incontestável.

¹⁷⁸ BORGES, Roxana. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.50.

¹⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

¹⁸⁰ O autor informa que no campo dos direitos reais, há uma série de limitações, dentre elas as hipóteses de atos jurídicos em sentido estrito, sem liberdade de estipulação, como apossamento, ocupação, acessão, bem como diversas figuras reais estão sujeitas a uma regra de tipicidade, a exemplo do art. 1306º/1. No direito de família, os atos pessoais implicam apenas liberdade de celebração; quando praticados, os efeitos desencadeados são tão somente previstos por lei, como por exemplo, o casamento (art. 1577º), a perfilhação (art.1849º). Os atos familiares patrimoniais, por sua vez, apresentam alguma liberdade de estipulação. No direito das sucessões, por sua vez, a autonomia controla o negócio do testamento, porém é sempre revogável. Nos pactos sucessórios há uma forte limitação à autonomia, a exemplo dos arts. 1699º/1 e 1700º. (CORDEIRO, op. cit., p.395).

¹⁸¹ CORDEIRO, op. cit., p.395

¹⁸² Essa teoria em Savigny, um dos seus fundadores. Savigny defende que “a declaração de vontade é a espécie dos fatos jurídicos que não são, apenas, atos livres, mas que, segundo a vontade do agente, tem por fim imediato criar ou extinguir uma relação jurídica”. E vai além: “a vontade em si é, por si só, importante e eficaz, mas como fato interior e invisível, precisa de um sinal exterior que a revele, havendo entre esse sinal de quem manifesta a vontade e a sua declaração uma relação, não acidental, mas natural” (FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.3).

Como nem sempre a vontade interna (subjéitiva) do sujeito correspondia à vontade por ele declarada, essa teoria foi alvo de questionamentos¹⁸⁴, sendo contraposta por uma segunda teoria.

2.4.2 Teoria objetivista

Essa teoria, também conhecida como teoria da declaração, por sua vez, defende a prevalência da vontade declarada sobre a vontade interna¹⁸⁵.

Segundo essa teoria, a declaração é o único dado objetivo capaz de ser conhecido por outras pessoas. Conferem, portanto, relevância e validade jurídica à vontade declarada, ainda que fictícia¹⁸⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, adotava-se, pelo Código Civil de 1916, a teoria da vontade real, segundo os termos do art. 85: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

O Código Civil de 2002 traz, no art. 112, pequena diferença em relação à concepção anterior, nos seguintes termos: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho defendem que a concepção de tal regra não é excluir o sentido das palavras, já que isso significaria a desintegração da figura do contrato e de toda a segurança, mas sim a compreensão adequada da vontade dos sujeitos, ainda que para isso a não literalidade aparente do texto escrito não transpareça. Nos casos em que haja

¹⁸³ A vontade interna, para essa teoria, não é apenas suporte da declaração, mas força criadora dos efeitos do negócio jurídico (FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000).

¹⁸⁴ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007. Pablo Soltze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que não há a menor dúvida de que o elemento primordial para a caracterização de um vínculo contratual é a existência de uma declaração de vontade e que o contrato traduz uma forma de autodisciplina da intenção das partes na disponibilização do ser patrimônio (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.178).

¹⁸⁵ O largo papel da vontade na criação dos efeitos jurídicos do negócio foi amortecido pela teoria da declaração. Essa teoria foi concebida por Bülow. Para essa teoria, a vontade interna não chega sequer a ser elemento componente do negócio jurídico. Ocorre, entretanto, que essa teoria não se liberta da idéia do voluntarismo, na medida em que na interpretação do negócio busca o sentido formal da declaração. (FRANÇA, op. cit., p.4).

¹⁸⁶ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007

controvérsia sobre a intenção das partes na celebração dos contratos, algumas regras objetivas podem ser invocadas¹⁸⁷.

Paula Sarno Braga¹⁸⁸ acredita que, embora existam variações, parece que o ordenamento jurídico adota a teoria subjetiva da vontade, que se implementa com a sua declaração (exteriorização)¹⁸⁹.

Marcos Bernardes de Mello¹⁹⁰ defende que ambas as teorias são substancialmente coincidentes, na medida em que predomina o voluntarismo como fundamento do negócio jurídico. A diferença entre ambas estaria apenas quanto à prevalência da vontade interna ou declarada, mas nas duas não dispensa a exteriorização da vontade como elemento material do negócio jurídico.

Pela concepção voluntarista, construída sob a ideologia do Estado Liberal, o negócio jurídico tinha como característica principal a preservação da liberdade individual diante do Estado. O negócio jurídico servia para designar o ato jurídico “em que a vontade tinha liberdade de escolha, podendo auto-regrar-se”¹⁹¹.

Essa concepção foi bastante criticada por Emílio Betti, nos seguintes termos:

Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translúcida por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no <<dogma da vontade>>, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como um fato social: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a <<querer>>, na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente¹⁹².

¹⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos: Teoria geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.178.

¹⁸⁸ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007

¹⁸⁹ Cristiano Chaves de Farias vai além. Para o autor, o que importa, na interpretação dos negócios, é a vontade real, pautada no princípio da boa-fé objetiva, vale dizer, para elucidar a intenção das partes deve-se pautar na boa-fé objetiva. É o que se chama de teoria da confiança, que tem íntima relação com a boa-fé objetiva. Eis a lição do autor: “por conta da teoria da confiança, a declaração de vontade deve prevalecer sobre a efetiva vontade na medida em que tenha suscitado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas. (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.400).

Essa teoria da confiança foi defendida pela primeira vez na Alemanha, em contraposição ao voluntarismo jurídico. Na gênese da teoria, o direito deve visar antes à certeza do que à verdade. Essa teoria também ficou conhecida como “teoria do crédito social, [que] empresta valor à aparência da vontade, se não é destruída por circunstâncias que indiquem má fé em quem acreditou ser verdadeira”. (FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos*: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.6).

¹⁹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p.169.

¹⁹¹ Ibidem, p.166

¹⁹² BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.112

Roxana Cardoso Brasileiro Borges¹⁹³ informa que na teoria da autonomia da vontade a pessoa se obriga por meio da declaração da vontade, ficando em segundo plano as outras circunstâncias nas quais o negócio estivesse inserido, ou seja, havia uma concepção individualista exacerbada, que considerava o sujeito fora do contexto social.

Na teoria da autonomia privada, por outro lado, o negócio não nasce da simples manifestação de vontade, vale dizer, a autonomia da vontade simplesmente não tem o poder de gerar conseqüências jurídicas. O negócio, dessa maneira, nasce de “uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige”¹⁹⁴.

Marcos Bernardes de Mello¹⁹⁵ vai além da crítica da declaração da vontade como elemento fundamental de constituição do negócio jurídico.

Isso porque essa idéia nega um dado essencial caracterizador do fenômeno jurídico: a norma jurídica como delimitadora do mundo jurídico.

De fato, a exteriorização da vontade somente pode gerar um negócio jurídico se estiver prevista como suporte fático de uma norma jurídica e receber sua incidência.

Merecem destaque as palavras de Marcos Bernardes de Mello:

Em verdade [...], a juridicidade somente existe por força da incidência de norma jurídica sobre os fatos da vida que ela própria define como sendo seu suporte fático. Sem a definição normativa não há de falar-se em fato jurídico. Nada no mundo é jurídico por si. Daí, ressalta à evidência que uma exteriorização consciente da vontade somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência. Sem a previsão normativa da vontade alguma pode ser considerada negócio jurídico; será mero fato da vida, sem relevância jurídica alguma¹⁹⁶.

Além disso, com a ampliação da interferência estatal nas relações privadas, visando reduzir as desigualdades na sociedade de massas, a concepção de negócio jurídico como o poder de gerar regras jurídicas ou relações não está na simples vontade, mas, sobretudo, na declaração

¹⁹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.53

¹⁹⁴ *Ibidem*, loc. cit..

¹⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.171-172

de vontade autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, ao conteúdo, à legitimidade e capacidade do sujeito¹⁹⁷.

Também os negócios jurídicos devem ser interpretados a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva, como visto na seção 2.3.2.

Essa é a vertente seguida pelo Código Civil de 2002, em seu art. 113: “os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Isso porque o dever de interpretar todo e qualquer negócio jurídico a partir da boa-fé objetiva encontra respaldo nos demais princípios fundamentais da atividade privada, tais como o da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa, da solidariedade social e da igualdade substancial.

2.5 A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

Do ponto de vista estrutural e dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada constitui-se um dos princípios fundamentais do direito privado¹⁹⁸. Por entender a pessoa humana como o centro e o destinatário da ordem jurídica privada é que merece proteção constitucional.

No contexto do Estado Liberal do século XIX, a liberdade de contratar e a igualdade formal dos contratantes constituíam as mais importantes expressões do direito, sendo resguardadas como valores absolutos, tanto em face do Estado quanto dos particulares¹⁹⁹.

A limitação à liberdade negocial era simplesmente negativa, não se admitindo limitações positivas que pudessem contrariar a vontade das partes. Nesse período, a riqueza e o bem estar coletivos eram entendidos como o somatório da riqueza e do bem estar individuais, resultado das atividades dos particulares, as quais o Estado não poderia intervir²⁰⁰.

O interesse público, nesse contexto, consistia em apenas assegurar as melhores condições de exercício e expansão dos interesses privados. Ana Prata defende que na visão do liberalismo econômico, “a própria liberdade é a função social e o exercício incondicionado dos poderes

¹⁹⁷ Sobre a crítica à simples vontade para configuração dos negócios, válida a leitura da obra de Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Marcos Bernardes de Mello.

¹⁹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.346.

¹⁹⁹ MALFATTI, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan. (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*: caderno 2. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

²⁰⁰ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [1982?].

satisfaz a tutela do interesse enquanto técnica ideal para assegurar a harmonia dos interesses particulares e fundi-los no interesse geral que daí resulta automaticamente realizado”²⁰¹.

Portanto, no campo do direito público, prevaleciam dois tipos de norma: “as normas de defesa dos sujeitos privados contra a acção intromissora do Estado e as normas, de carácter excepcional, com que o Estado assegurava o criar ou o repor das condições de funcionamento do funcionamento do sistema [...]”²⁰².

O princípio da legalidade, no modelo de estado liberal, protege apenas o interesse privado, na medida em que não resguarda qualquer interesse público. As Constituições liberais definiam limites à atuação do Estado, e eram consideradas “estatuto de defesa” da esfera dos particulares contra o Estado²⁰³.

Esse modelo de Estado e a respectiva organização do ordenamento positivo começam a se esvair no modelo de Estado Social.

O agravamento das desigualdades substanciais e surgimento de uma sociedade de massa (primeiro operária e posteriormente consumerista) faz aflorar uma preocupação mundial, a partir do século XX, com a efetivação dos direitos da pessoa humana.

O Direito Constitucional passa a ter papel fundamental em todo o ordenamento, indo além da simples organização da forma estatal e modelo de governo. Esse direito passa a exercer contato com outros ramos do direito, em especial do Direito Privado, no sentido de resguardá-lo²⁰⁴. Ocorre uma modificação na visão do Direito Civil e, especialmente, no Código Civil, que deixa de ser a Constituição do Direito Privado, para ser socializado pelos novos valores constitucionais²⁰⁵.

Esse contexto influencia diretamente o instituto da autonomia privada e o seu papel no ordenamento jurídico.

A autonomia privada, protegida por novos valores constitucionais, passa a irradiar efeitos nos negócios desenvolvidos pelos sujeitos de direito. Todos os negócios, a partir de então

²⁰¹ Ibidem, p.28.

²⁰² Ibidem, p.31.

²⁰³ Ibidem, p.32-33.

²⁰⁴ MALFATTI, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan. (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional: caderno 2*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.25

²⁰⁵ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional: caderno 2*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.162.

praticados, passam a decorrer da autorização concedida pelo Estado para a consecução de efeitos jurídicos²⁰⁶.

As Constituições, outrora garantidoras das liberdades formais, passam a incorporar a promoção da justiça social e a regulação da atividade econômica. O Estado deixa, através da Constituição, de ser apenas um garantidor da liberdade e autonomia da vontade dos indivíduos. Ao revés, passa a intervir profundamente nas relações negociais, para a promoção da justiça social²⁰⁷.

A autonomia privada, nesse viés, encontra a sua razão de ser na finalidade social, em “estrita recusa à finalidade individualística que anima o princípio voluntarístico e a relevância do querer individual”²⁰⁸.

Insta salientar que a autonomia privada não é resguardada explicitamente pela Constituição Federal de 1988. Sua proteção constitucional advém dos fins sociais da livre iniciativa (art. 170), bem como da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc.I).

Paulo Nalin coaduna com esse entendimento, nos seguintes termos:

A circunstância de o princípio da autonomia privada não encontrar, na Constituição brasileira, [...], uma descrição concreta ou estável, ‘na letra da lei’, em nada lhe subtrai a natureza de pedra angular do sistema jurídico privado. Tampouco, se encontra o referido princípio anotado nas regras do Código Civil e, mesmo assim, ele não deixa de ser reputado como ‘[...] um desenho quase ficcional, apto ao desenvolvimento de um tipo de economia de mercado. Esse é o modelo tutelado pela Constituição brasileira vigente no capítulo da ordem econômica’²⁰⁹.

As normas infra-constitucionais²¹⁰, no atual contexto, não são instrumentos para uma maior produtividade, favorecendo a exploração de uns em favor de outros indivíduos. Elas devem ser úteis para superar as desigualdades materiais e criar os pressupostos de uma igualdade de tratamento.

²⁰⁶ NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p.29.

²⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a.4, v.16, out./dez, 2003, p.108.

²⁰⁸ NALIN, op. cit., p.33.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.39.

²¹⁰ Na lição de Daniel Sarmiento, “o centro de gravidade do Direito Privado, que no passado era o Código Civil, deslocou-se para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre as relações jurídicas travadas por particulares, conformando-as à sua axiologia centrada na dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.235)

Pietro Perlingieri informa que, para atingir tal desiderato, a iniciativa econômica privada, ainda que definida como livre, é submetida a controles, a intervenções por parte do legislador, “voltados a realizar um sistema diverso, com novos valores colocados no vértice de sua hierarquia”²¹¹.

A Constituição, desse modo, opera uma mudança qualitativa na ordem normativa, para permitir que o princípio da autonomia privada encontre limites em razão dos princípios e valores elencados no art. 3º da Constituição Federal, a saber: construção de uma sociedade justa e igualitária; garantia do desenvolvimento social; erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação.

Também a Constituição Federal de 1988, diante do amplo rol de direitos sociais e dos princípios norteadores da ordem econômica e social, tem a preocupação maior, no campo do direito privado, com a garantia das condições materiais indispensáveis ao exercício da liberdade.

Na verdade, segundo Daniel Sarmiento, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural, que deve ser protegido através da limitação do arbítrio do poder público. “Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não é só limitante, mas também tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos”²¹², bem como obrigações negativas e positivas atribuídas aos particulares.

O Direito Privado passa, então, diante do caráter constitucional da autonomia privada, a sofrer intervenções legislativas, indispensáveis à proteção das partes mais fracas das relações negociais e à promoção dos interesses da coletividade.

Nesse sentido, a autonomia privada atua em uma relação de coincidência com os valores constitucionais de respeito à dignidade humana, solidariedade social. Também atua em uma relação de complementariedade com as normas infraconstitucionais, já que estas têm o papel de especificar e detalhar a implementação dos princípios constitucionais²¹³.

²¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.280

²¹² SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.245.

²¹³ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004, p.123.

Conclui-se, portanto, que a autonomia privada, em que pesem as limitações já vistas nas seções anteriores, é resguardada pela Constituição Federal de 1988, a partir dos valores constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Qualquer relação negocial, não somente de caráter patrimonial, terá como pressuposto a liberdade dos particulares, desde que não exceda os limites estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro²¹⁴.

²¹⁴ Nesse sentido manifesta-se Ana Prata sobre o ordenamento português: “o conceito constitucional de liberdade não supõe, nem admite uma indiscriminada liberdade jurídico-económica: quer nos seus fundamentos, quer nas suas manifestações, a liberdade como instrumento de defesa contra o Estado e de realização integral e igualitária do homem na sociedade civil está posta em causa.

Se ela não deixa de revestir uma dimensão defensiva do cidadão contra os poderes públicos, por um lado, tal dimensão não tem como seu campo privilegiado o sector económico, e, outro, ela está longe de esgotar o seu total significado, supondo-se antes, em larga medida, a necessidade de intervenção pública para que ela se realize em dois dos seus elementos essenciais: como liberdade da necessidade e como liberdade face aos poderes privados”. (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [1982?], p.215).

3 AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

3.1 LITIGIOSIDADE

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo²¹⁵, o processo surge de uma situação extra e meta processual, para o qual é chamado a canalizar e resolver. Essa situação de conflito, originadora do processo, pode ser denominada de *litígio*.

Na lição do autor, a palavra litígio deve ser entendida em sentido mais amplo, ou seja, “*como conflicto jurídicamente transcendente y susceptible de solución, asimismo jurídica, mediante alguno de los tres expedientes [proceso, autocomposicion y autodefensa]*”²¹⁶.

O litígio, portanto, nasce do conflito de interesses²¹⁷. Isso porque “como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo intenção de desrespeitá-la, podem eclodir no seio da sociedade conflito de interesses”²¹⁸.

Nesse contexto, quando as partes conflitantes não acomodam espontaneamente os seus interesses, dá-se lugar à lide²¹⁹, isto é, ao conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida²²⁰.

²¹⁵ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

²¹⁶ Ibidem, p.12.

²¹⁷ Há conflitos de interesses, na lição de Moacyr Amaral Santos, quando duas pessoas, pelo menos, tem interesse pelo mesmo bem. “Existe quando à intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe a intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem [...]” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.4)

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

²¹⁹ Francesco Canelutti argumenta que o conflito de interesses denomina-se lide. Entretanto, informa que essa terminologia ainda não está consolidada. “Certamente, antes que se propusesse seu uso, com um significado científico preciso, a palavra era usada com mais de um sentido, tanto para denotar conflito de interesses para cuja composição opera o processo, como para denotar o próprio processo”. Desse modo, para chegar à definição de lide, apresenta alguns conceitos, a saber: “a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.

A resistência é a não adaptação a subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em contestação (não tenho que subordinar o meu interesse ao alheio) e lesão (não o subordino) da pretensão.

A lide, portanto, pode se definir como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é o seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.77-78)

²²⁰ Na lição de Petrônio Calmon, como o Estado e, consequentemente a existência de norma jurídica, não são suficientes para a pacificação social, duas situações ocorrentes nas relações sociais podem ocorrer: uma harmônica e a outra de conflito. Segundo o autor, “a harmonia é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente

O conflito, portanto, “resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos”²²¹.

Impende salientar que o simples conflito de interesse não tem relevância jurídica quando um dos envolvidos se conforma com a insatisfação. Se, porém, uma das partes toma uma atitude para obter o bem da vida objeto do conflito, está a exercer a pretensão. Exercida a pretensão, é possível que não se imponha obstáculo para a satisfação do interesse. Entretanto, se uma das partes envolvidas impõe obstáculo, está-se diante de uma resistência. Esse conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, atribui-se o *nome iuris* de lide²²².

O escopo do Estado, através da jurisdição, é eliminar os conflitos e restaurar a paz social, compondo a lide segundo a ordem jurídica.

Ocorre, entretanto, que nem sempre o Estado interviu, de forma ativa, na solução do conflito de interesses.

Nos primórdios da formação da civilização, não existia uma organização capaz de ditar normas jurídicas e de fazer observá-las. O indivíduo que tinha um interesse e queria vê-lo realizado, fazia, “através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada ‘justiça do mais forte sobre o mais fraco’”²²³.

O Direito, antes de ser monopólio do Estado, era manifestação das leis de Deus. Não havia a produção do Direito sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana.

A realização das pretensões segundo a vontade dos próprios particulares, através da força e poder, dá-se o nome de autotutela.

Com a organização do Estado, proíbe-se a autotutela como forma legítima e ordinária de pacificação dos conflitos²²⁴.

e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões [...]. O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido”. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.21-22)

²²¹ CALMON, op. cit., p.22

²²² Ibidem, p.23

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

²²⁴ Giuseppe Chiovenda informa que quanto mais se reforça a organização política mais se restringe o campo da autotutela. Isso ocorre não em virtude de um contrato entre o poder público e o indivíduo, mas pela expansão natural da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de

O Estado assume o monopólio da jurisdição, não sendo mais possível a realização das pretensões a partir do poder do particular interessado. Ao particular não cabe realizar o seu interesse mediante a força, mas o direito de recorrer à justiça em busca de uma solução para os interesses em conflito.

A existência de conflitos entre os membros da sociedade e a impossibilidade de autotutela, obrigam o Estado a manifestar o seu poder jurisdicional. A jurisdição, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, não é somente um meio de resolver os litígios, é, antes de tudo, uma manifestação estatal voltada à solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos cumpram o que foi imposto pelo Estado²²⁵.

No mesmo sentido manifesta-se André Ramos Tavares²²⁶, ao defender que a jurisdição é a atividade pela qual determinados órgãos pronunciam-se sobre a aplicação do direito em caráter cogente. É a atividade exercida pelo Poder Judiciário, que substitui a vontade das partes, solucionando o conflito de interesses surgido no seio social.

Ao Poder Judiciário, entendido como um conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida a função jurisdicional, cabe, sob a ótica da Constituição, exercer a jurisdição, que ocorrerá mediante o caso concreto, com o objetivo de resolver os conflitos, mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada e opera a substituição da vontade das partes por aquela constante na decisão²²⁷.

Pelo positivismo jurídico²²⁸, o Poder Judiciário, através da jurisdição, se resume à aplicação da lei. No modelo do Estado Liberal, como visto na seção 2.1, a intervenção do poder público no conflito entre particulares era restrita, porque prevalecia a autonomia da vontade²²⁹.

normas de lei sempre numerosas e precisas, do outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v.1, p.57)

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²²⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²²⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.380.

²²⁸ Segundo Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, “a idéia do direito como decisão é, possivelmente, uma das mais importantes contribuições do positivismo jurídico para a compreensão do papel do Estado e do próprio Direito na sociedade moderna. A expansão da complexidade social, o aumento e a diferenciação quantitativa e qualitativa dos conflitos sociais levam ao Estado a necessidade da decisão jurídica, não mais como uma resposta direta e imediata às expectativas morais de resolução de conflitos, mas como um imperativo de mudança jurídica e social; uma imposição do caráter de variabilidade intrínseca que caracteriza as normas de direito no Estado moderno evidenciando sua positividade (RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.31)

²²⁹ Em contraposição ao positivismo tem-se o jusnaturalismo, que retira a validade da lei que contraria o princípio do direito natural. Há uma dicotomia entre a noção de segurança do positivismo e a do justo, do

A atividade do juiz, nessa concepção, era apenas aplicar a lei ao caso concreto, visando a busca da vontade do legislador. Não havia uma preocupação com o conteúdo da norma, bem como não havia que se falar em lacuna do ordenamento jurídico.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni²³⁰, há duas teorias clássicas sobre a jurisdição.

A primeira delas, mergulhada no sistema de Chiovenda, entende a jurisdição como a função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Para Chiovenda, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”²³¹.

Somente o Estado tem o poder de confeccionar leis, isto é, produzir o direito, e aplicá-las ao caso concreto.

Segundo essa teoria, o juiz não cria a norma, ao revés, apenas aplica a norma no caso concreto²³².

A objeção que se faz à doutrina de Chiovenda é que o processualista italiano separava a função de legislar da função de aplicar a lei.

Eis a manifestação de Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Gomes sobre a teoria chioveniana:

Sua doutrina sustenta-se no postulado de que o ordenamento estatal seja, para o juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta completa e definitivamente pelo legislador, restando ao juiz a tarefa de pura aplicação da lei ao caso concreto. As modernas tendências da Filosofia do Direito contemporâneo, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, na medida em que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto esse que o julgador deve completar de modo a concretizá-lo, ou subsumi-lo no caso particular²³³.

jusnaturalismo. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.19)

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribus, 2005, p.19.

²³¹ Ibidem, loc. cit.

²³² Giuseppe Chiovenda assim informa: “a vontade concreta da lei tende a realizar-se, em primeiro lugar, mediante a prestação a que uma pessoa é obrigada em relação a outra, de modo que, nesses casos, ao direito de uma parte corresponde a obrigação de outra. [...] Se alguém pretende um bem de vida aduzindo como fundamento uma vontade concreta da lei que, em realidade, não subsiste, forma-se, então, uma vontade concreta da lei em virtude da qual essa pretensão deve receber-se, declarar-se e tratar-se como destituída de fundamento, o que equivale a dizer que se forma uma vontade negativa da lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p.18-19).

²³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.64.

Carnelutti, por sua vez, atribui à jurisdição a função de justa composição da lide, vale dizer, a lei por si só é insuficiente para compor a lide, sendo necessária a atividade do juiz para a criação de uma norma individual, particular para o caso concreto.

Na sua concepção, largamente difundida no ordenamento brasileiro, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses. Sem haver lide, não há atividade jurisdicional e a jurisdição é criada e organizada “pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público”²³⁴.

Há, pois, a necessidade de haver uma pretensão, entendida como a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio interesse de quem pretende²³⁵.

Essas teorias, aplicadas à época do positivismo jurídico, perderam força com o Estado contemporâneo. Isso porque, “a idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens livres e iguais, dotados das mesmas necessidades”²³⁶.

Nesse sentido, manifesta-se Paulo de Tarso Ramos Ribeiro:

A emergência do welfare state promove uma alteração significativa no próprio exercício da função jurisdicional. Anteriormente marcado, pelo menos formalmente, por alguns caracteres que acentuam a neutralidade política, por um lado, e a conseqüente tarefa de garantia de direitos individuais, de outro (espaço público versus espaço privado), o Judiciário vê emergir diante de si um novo cenário normativo desestabilizador do equilíbrio sistêmico anterior.

[...]

A alteração do perfil dos conflitos no Estado-providência, de um viés individual para um acento coletivo de massificação das demandas sociais, traz para o Judiciário uma situação inusitada e paradoxal: na medida em que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo de aplicação das leis pelo Judiciário – acentuando, gradativamente, a esclerose funcional de suas atividades – a necessidade de legalização dos novos conflitos pelos movimentos sociais, os leva a fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos. Fazem do Judiciário, nessa medida, o canal de acesso do sistema jurídico à captação e cognição desses novos conflitos [...]²³⁷.

²³⁴ Ibidem, p.67.

²³⁵ O vício da teoria carnellutiana está em conceber a jurisdição apenas quando há um conflito de interesses, uma lide. O autor não explica os casos de jurisdição voluntária, em que não há um autêntico conflito de interesses.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.23

²³⁷ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max limonad, 2002, p.45-48

Enrico Tullio Liebman²³⁸ adere a esse posicionamento, ao defender que a função do direito é ordenar a convivência entre os homens e, para tanto, a composição dos litígios não se dá com a simples aplicação da lei, mas com a individualização de normas de acordo com o caso concreto.

Isso porque o Estado contemporâneo é dotado de uma sociedade formada por pessoas e classes sociais e com aspirações diferentes e, portanto, a mera aplicação da lei não seria idônea para atingir a justa composição dos litígios²³⁹.

Desse modo, a lei não é mais aplicada por si só ao caso concreto, dependendo da adequação aos direitos fundamentais.

A assunção do Estado constitucional, se ainda permite em falar do princípio da legalidade, exige que a ele se dê nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, agora ele tem o conteúdo substancial, pois requer a conformidade da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.

Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei, esquecendo-se que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais²⁴⁰.

O Direito somente pode ser considerado pelo juiz à luz da Constituição. É dever do magistrado aplicar a lei em conformidade com os princípios da justiça e dos direitos fundamentais.

Daí porque Luiz Guilherme Marinoni defende que qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei. Esta pode ser controlada pelo juiz de primeiro grau, incidentalmente, e atinge as partes no processo.

A conformação da lei no caso concreto, mediante a interpretação ou controle de constitucionalidade, faz com que o juiz crie a norma jurídica para fundamentar a sua decisão. O papel do juiz no sistema do neoconstitucionalismo é criar a norma jurídica “a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da

²³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, v.1, p.23.

²³⁹ Na lição de Enrico Tullio Liebman, a norma jurídica é abstrata e estática, ao passo que a vida social está em contínuo movimento e apresenta ao juiz casos concretos sempre diferentes e sempre novos. O juiz deve tentar entender a norma em todo o seu significado, não apenas em conexão com o inteiro ordenamento e preenchendo as eventuais lacunas da lei, como repensando a própria norma no contexto de uma realidade social em contínua evolução e por isso carregada de novas exigências e novos valores. O que não quer dizer que ela possa atribuir à norma conteúdos conformes à sua preferência subjetiva e arbitrária: pelo contrário, ele deve-se esforçar para exprimir as exigências e os valores da sociedade de seu tempo. O fim último da sua atividade é a justiça e, com ela e por meio dela, a paz social”. (LIEBMAN, op. cit., p.24)

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.25

regra do balanceamento (ou da regra proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto”²⁴¹.

Ou seja, ao declarar o direito, o Poder Judiciário deve, preliminarmente, defender a Constituição Federal, inclusive contra leis editadas em seu desrespeito. Além disso, deve adaptar quanto às leis o conteúdo de seus preceitos aos princípios e diretrizes constitucionais²⁴².

Para tanto, a legitimidade da decisão jurisdicional dependerá do convencimento motivado do juiz. Não basta o juiz estar convencido, é preciso que demonstre as razões do seu convencimento.

Nesse sentido, Owen Fiss:

se é certo que o juiz deve compreender a lei na medida da Constituição, isso não quer dizer que lhe basta atribuir sentido aos seus valores (da Constituição). Para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da Constituição, deve atribuir sentido ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela concreta ao direito material²⁴³.

Cabe ao juiz, portanto, a criatividade judicial no sentido de criar normas jurídicas, aplicando ao caso concreto os princípios da justiça e direitos fundamentais, para que possa tutelar concretamente o direito material.

Ao juiz, nos dias atuais, não é dado o dever de atuar a vontade concreta da lei ou de criar a norma individual para o caso concreto, conforme defendiam as teorias de Chiovenda e Carnelutti, respectivamente.

A transformação da concepção do direito no Estado contemporâneo fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz, através da jurisdição, a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei conforme a Constituição. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni cita as teorias dos direitos fundamentais, a técnica de interpretação de acordo com as novas técnicas de controle de constitucionalidade – “que conferem ao juiz uma função “produtiva”, e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade – e a própria possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto”²⁴⁴.

Essas teorias, portanto, fazem surgir um novo modelo de juiz, não mais mero aplicador do direito. Espera-se do juiz a atividade essencial de dar efetividade aos anseios da sociedade, de

²⁴¹ Ibidem, p.53

²⁴² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

²⁴³ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.22.

acordo com os princípios e as normas constitucionais, atendendo, assim, ao escopo da jurisdição, qual seja, resolver as lides e restaurar a paz social.

Nessa toada, defende Luiz Guilherme Marinoni:

[...] o juiz não é mais funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle de constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais²⁴⁵.

E continua:

se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais²⁴⁶.

Dirley da Cunha Júnior²⁴⁷ defende que o papel do juiz no Estado Contemporâneo tem fundamental importância, em especial diante das omissões do Poder Legislativo. Segundo ele, o papel do Poder Judiciário, no contexto da nova Constituição, assume caráter demasiadamente político. Vale dizer, nas ações de inconstitucionalidade por omissão o juiz torna-se um verdadeiro legislador ativo, criador de norma diante da omissão, pois ao juiz não é permitido o *non liquet* ou o desfrute de um direito constitucional.

A figura do juiz no Estado moderno foi modificada, de modo que o Poder Judiciário passa a assumir o papel de interventor e criador de soluções para a garantia dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais previstos constitucionalmente.

É preciso reformular a clássica divisão de Poderes do Estado liberal. O Judiciário está apto a atuar para que os direitos sociais sejam respeitados e efetivados.

Percebe-se que o papel do Poder Judiciário não é mais o de outrora. A atuação jurisdicional deve ocorrer para a defesa dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, inclusive quando haja omissão legislativa ou os direitos sociais estejam sendo violados por particulares ou pelo próprio Estado.

Nesse contexto, percebe-se que o conflito é inerente à condição humana e uma característica da sociedade, que vive em constante mudança.

²⁴⁵Ibidem, p.93

²⁴⁶Ibidem, p.99

²⁴⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.332

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflito, mas este não é um mal em si mesmo, na medida em que constitui aspecto inevitável e recorrente da vida em sociedade. O mais importante não é aprender a evitá-lo, mas encontrar soluções que favoreçam a sua composição construtiva²⁴⁸.

Não há dúvida, portanto, de que a jurisdição, hodiernamente, tem a função de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.

O litígio, porém, não somente será resolvido pelo Poder Judiciário. Há outras formas de composição de litígios, não realizadas somente pelo estado-juiz, as quais serão tratadas na próxima seção.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE COMPOSIÇÃO

Quando não há o cumprimento espontâneo da norma, surge o conflito. No almejo de uma solução adequada à restauração social, a jurisdição apresenta-se como um meio ordinário destinado a essa finalidade.

Todavia, a jurisdição não é, nem poderia ser, o único meio idôneo para a restauração da paz social. Há, nesse contexto, diversos meios possíveis de solução dos conflitos de interesses.

Francesco Carnelutti dá as outras formas de solução de conflitos, diferentes da jurisdição, o *nomen juris* de ‘equivalentes jurisdicionais’.

Segundo o autor, a noção de equivalente processual ocorre em duas hipóteses: a) composição da lide pelas próprias partes; b) composição da lide por obra de um terceiro, diferente do ofício judicial.

Eis a lição do autor:

No primeiro caso pode-se falar de autocomposição da lide; já que não intervém o emprego daquele método que recebe o nome processo, a autocomposição e também a composição extraprocessual da lide. No segundo caso a colaboração das partes com um terceiro determina um método de trabalho que reclama o processo, mas a falta no terceiro da potestade judicial, conforme o ordenamento interno não permite que neste se contemple um processo verdadeiro e próprio [...]²⁴⁹.

²⁴⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

²⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.157

Petrônio Calmon²⁵⁰, utilizando o critério da responsabilidade pela solução, identifica três possibilidades de resolução dos conflitos, na tentativa de restaurar a paz social.

A primeira possibilidade dá-se pela imposição de um dos envolvidos na solução da lide. A essa solução atribui-se o nome de autotutela.

É possível, porém, que o conflito seja resolvido pacificamente pelos envolvidos, através da autocomposição.

Por fim, a solução do conflito pode se dar por obra de um terceiro imparcial, ou seja, pela forma heterocompositiva.

Para Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo²⁵¹, quando há a produção do litígio, o conflito entre as esferas contrapostas de interesses pode ser resolvido: a) pelos próprios litigantes e, b) mediante decisão imperativa de um terceiro.

Nos casos de solução parcial, há duas perspectivas a serem atendidas: ou um dos litigantes consente o sacrifício diante do seu próprio interesse ou impõe o sacrifício ao interesse de outro litigante. Para a primeira hipótese, tem-se a autocomposição e, para a segunda, a autotutela (autodefesa)²⁵².

Esclarece o autor que o sacrifício, consentido ou imposto, que a autocomposição e a autodefesa implicam pode ser tanto unilateral ou bilateral. O que permite, no entanto, diferenciar os institutos é a direção do impulso subjetivo que os determina, vale dizer, na autocomposição a solução parcial é altruísta, ao passo que na autodefesa a solução é egoísta²⁵³.

Já a solução imparcial de litígio é feita por um terceiro e, praticamente, se reduz a obtenção mediante o processo²⁵⁴.

Eis a sua lição: “*proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero que ello no quiere decir que se encuentren el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan*”²⁵⁵.

²⁵⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.14.

²⁵¹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.13.

²⁵² Ibidem, p.13.

²⁵³ Ibidem, loc. cit.

²⁵⁴ Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, dentro do processo cabe a arbitragem e fora a mediação (CASTILLO, op. cit., p.13).

²⁵⁵ CASTILLO, op. cit.

3.2.1 Autotutela

A autotutela é a solução do conflito em que uma das partes envolvidas impõe o sacrifício do interesse da outra. “É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência”²⁵⁶.

O vocábulo autodefesa é formado pelo sufixo ‘auto’ mais a palavra ‘defesa’, ou seja, equivale à defesa por si próprio.

No entender de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo,

*La autodefensa, que combina con la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohiban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto*²⁵⁷.

Essa forma de solução de conflito é vedada, em regra, nos ordenamentos jurídicos, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os princípios constitucionais²⁵⁸.

É tipificada, na lição de Fredie Didier Júnior, “como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado)”²⁵⁹.

Somente em casos excepcionais, como legítima defesa, direito de greve, estado de necessidade, é que o litigante poderá utilizar a autotutela para proteção de seu interesse. No

²⁵⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.29.

²⁵⁷ CASTILLO, p. cit., p.13

²⁵⁸ Para Giuseppe Chiovenda, é lícito qualquer ato praticado: a) pela necessidade de defender um direito próprio ou alheio contra o perigo atual de uma ofensa injusta, desde que a ofensa seja proporcional à ofensa (legítima defesa); b) pela necessidade de preservar a si ou a outrem de perigo atual de um dano grave à pessoa, do qual não se é causa voluntária e que não se pode de outro modo evitar, desde que o ato seja proporcional ao perigo (estado de necessidade). E salienta: “não se julgue, no entanto, que a defesa jurídica exercida pelo próprio particular se equipara à atividade que se exerce no processo: o resultado econômico pode ser idêntico, mas as duas coisas são muito diversas. A autodefesa é uma atividade meramente privada, movida de impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderados pelo Estado. No processo civil, ao revés, a defesa contra a injustiça assume-a o Estado como função sua, determinada por finalidades objetivas e gerais (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p.58).

²⁵⁹ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.69.

entanto, em qualquer caso, será passível de controle jurisdicional posterior para legitimar ou não a defesa privada²⁶⁰⁻²⁶¹.

Isso se deve ao fato de que a o Estado não pode estar presente em todas as situações em que um direito esteja sendo violado, bem como pelo fato da condição humana não depositar confiança cega no altruísmo alheio, inspirador da autocomposição²⁶².

Para Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, uma das zonas mais ricas de manifestação da autotutela está no direito do trabalho, devido ao antagonismo econômico e social dos patrões e trabalhadores.

Desse modo, para encontrar uma definição da autodefesa é preciso considerá-la um conceito negativo, ou por exclusão.

O conflito somente será restaurado pela autodefesa se não for enquadrado nas hipóteses de autocomposição e processo, como defende Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo²⁶³.

Assim, a autotutela caracteriza-se pelo fato de um dos sujeitos do conflito impor seu interesse a outrem diretamente, sem servir-se de uma ação dirigida pelo Estado através de um processo, ou mediante um sujeito imparcial. Nesse sentido, o que diferencia a autotutela das demais formas, sobretudo da autocomposição, é a ausência de um sujeito imparcial para resolver a lide e a imposição da decisão de uma das partes à outra.

Essa decisão será, em caráter geral, egoísta. Na realidade, segundo a lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a autotutela sempre existirá nas sociedades organizadas, porque é praticamente impossível que o Estado resolva sozinho todas as lides existentes, através do processo²⁶⁴.

3.2.2 Autocomposição

²⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

²⁶¹ A expressão defesa privada utilizada por Fredie Didier Júnior é criticada por Niceto Castillo, já que a autodefesa pode ser utilizada por órgãos estatais (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.49)

²⁶² CASTILLO, op. cit., p.37

²⁶³ Ibidem, p.47.

²⁶⁴ Ibidem, p.55.

A autocomposição, por sua vez, é uma forma de solução de litígio pelo consentimento espontâneo de um dos litigantes no sentido de mitigar interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse de outro.

Nas palavras de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, *“la autocomposición, parece a primera vista, si no la mejor de las tres, si una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo; pero con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente, y en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistência”*²⁶⁵

Essa forma de solução de conflito pode se dar por ato unilateral ou bilateral, total ou parcialmente, e deságua em três resultados, a saber: a) renúncia; b) submissão e, c) transação.

Como essas formas autocompositivas são objeto dessa pesquisa, serão melhor desenvolvidas na seção 3.3.

3.2.3 Heterocomposição

Tem-se como terceira forma de solução de conflito a heterocomposição.

As formas heterocompositivas podem ocorrer pela tutela jurisdicional (jurisdição estatal) ou pela arbitragem.

3.2.3.1 Arbitragem

A arbitragem, segundo José Maria Rossani Garcez, pode ser definida como um mecanismo de solução de conflitos de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, pela qual terceiro(s) - o(s)

²⁶⁵ Ibidem, p.13.

árbitro(s) – pode(m) decidir, definitivamente, pelas partes, os litígios submetidos à apreciação²⁶⁶.

Carlos Alberto Carmona informa que se trata de um mecanismo privado de solução dos litígios, “através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe a sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.²⁶⁷

Essa modalidade de solução de conflitos não tem a intervenção do Estado e, por isso, é considerada um meio extrajudicial de pacificação social.

Segundo Selma Lemes²⁶⁸, a natureza jurídica da arbitragem é um tema controverso, possuindo três correntes sobre o assunto: a contratual, a jurisdicional e a híbrida. Pelo fato de nascer de uma convenção firmada pelas partes, defende-se a sua natureza contratual. Os que defendem a natureza jurisdicional²⁶⁹, a exemplo de Elio Fazzalari, utilizam o argumento do resultado, ou seja, o conflito é dirimido por um terceiro imparcial²⁷⁰. Por fim, tem-se a natureza híbrida, defendida pela autora de maneira acertada, na medida em que a arbitragem é contratual na fonte e jurisdicional no objeto.

²⁶⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.67. Rodolfo Pamplona Filho defende que o conceito mais adequado de arbitragem é “processo de solução de conflitos através da atuação de um terceiro, indicado pelas partes, mediante autorização legal”. Isso se deve ao fato de que “a regra geral no nosso ordenamento jurídico positivo é a de “preponderância” (preferimos esta expressão ao consagrado termo “monopólio”) da atuação estatal na solução dos conflitos jurídicos, sendo, portanto, de extrema relevância que haja previsão legal que autorize essa convocação de um terceiro”. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em: 25 dez. 2008).

²⁶⁷ Na lição do autor, essa é a característica principal que a distancia da mediação e da conciliação. Isso porque ambas são meios autocompositivos de solução dos conflitos, e não há decisão a ser imposta às partes pelo mediador e conciliador. As partes, nesses casos, estarão limitadas à mera sugestão (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.52).

²⁶⁸ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.60.

²⁶⁹ Francesco Carnelutti argumenta que “a verdade é que aqui, por razões de conveniência e quando concorram tais requisitos que garantam sua justiça, usa-se para a composição um órgão extraprocessual, que pode ser ou um particular, sem potestade judicial (árbitro), ou um juiz conforme um ordenamento jurídico diferente (estranho; juiz estrangeiro ou eclesiástico), pelo que em tais casos não se pode excluir o processo, mas a não ser , que poderia chamar-se quase-processo, e precisamente se distingue em processo estrangeiro, processo eclesiástico e processo arbitral” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.157).

²⁷⁰ Eis a lição do autor: “as arbitragens são sequências de atividades por meio das quais se realiza uma espécie de justiça civil privada, isto é, a resolução de controvérsias por obra de um privado em vez de por um juiz. Por isso o seu exame é igual ao dos processos jurisdicionais.

Entre as arbitragens e os processos jurisdicionais há relação de alternatividade, os primeiros podendo ser subrogados pelos segundos.

As arbitragens são processos, porque deles participam os destinatários dos efeitos do laudo (a pronúncia em que cada uma das sequências termina) em pé de simétrica paridade: à qual corresponde a imparcialidade do árbitro”. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.565-567).

A arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral. Essa convenção pode ser dividida em duas modalidades: a) a cláusula compromissória e, b) o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é introduzida nos contratos para submeter qualquer conflito futuro a um árbitro ou tribunal arbitral. O compromisso arbitral, por sua vez, é um termo que detalha a arbitragem após surgido o conflito. “Trata-se de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável”²⁷¹.

Embora prevista em legislações civis e comerciais, somente com o advento de Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 é que a arbitragem adquire força no ordenamento jurídico²⁷².

De fato, com o advento dessa lei é que se passa a reconhecer a eficácia da cláusula compromissória, sendo desnecessária a homologação judicial da sentença arbitral (art.31 da Lei).

Além disso, a Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 alterou o Código de Processo Civil para incluir, dentre o rol dos títulos executivos judiciais, a sentença arbitral (art.475-N, IV).

Fredie Didier Júnior apresenta algumas características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art.2º, §§2º e 3º): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art.13, Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o status de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art.31, Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Larb; art. 475-N, IV CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem o poder para tomar nenhuma providência executiva; também não é possível a concessão de provimentos de urgência, que exigem atividade executiva para serem implementados (art.22, 4º, Larb); e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art.34 e segs., Larb)²⁷³.

Nota-se que a arbitragem pode servir de meio eficaz de solução extrajudicial de conflitos, já que prescinde do poder estatal, vale dizer, “o novo regime da arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido e colocado à disposição dos interessados para a solução de seus

²⁷¹ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.71

²⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.124.

²⁷³ DIDIER JUNIOR, op. cit., loc. cit.

conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição [...]”²⁷⁴.

A natureza do conflito apresentada e a opção que as partes podem fazer, espontaneamente, é que norteiam os resultados mais ou menos vantajosos dessa modalidade.

Importante salientar que a arbitragem não é a solução para resolver o problema da lentidão e morosidade da justiça estatal. Pode ser considerada um remédio, que tem o papel de amenizar a atual crise do Poder Judiciário, que será analisada no próximo capítulo²⁷⁵.

Ocorre, entretanto, que apesar da nova roupagem dada ao ordenamento positivo com a Lei 9.307, a arbitragem no Brasil tem sido pouco utilizada.

São várias as questões de ordem cultural e econômica para a baixa efetividade desse meio de solução.

Sob o aspecto cultural, pode-se dizer que a tradição brasileira ainda não está totalmente aberta a essa nova modalidade. Há uma ausência de campanha, no sentido de informar e divulgar essa forma heterocompositiva de solução dos conflitos, o que leva a não elaboração de contratos constando essa cláusula²⁷⁶.

Há preconceitos em torno da utilização²⁷⁷, sobretudo porque somente em 1996 é editada uma lei para estabelecer modernidade e segurança na utilização desse instrumento, em que pese a

²⁷⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.102.

²⁷⁵ Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “os entusiastas extremados da arbitragem, que viam no instituto a panacéia para os males de que padece o Poder Judiciário, tiveram a oportunidade de diminuir seu ardor, acomodando-se às limitações que a realidade impõe. A esses exagerados parecia que a arbitragem seria capaz de, por si só, aliviar a sobrecarga de processos que hoje sufoca os órgãos do Poder Judiciário, o que levou até à redação de dispositivos como o art. 25 da Lei 7.244/84, depois substituído pelo art.24 da Lei 9.099/95, ambos objetivando criar as condições propícias para a expansão da utilização do juízo arbitral nos Juizados especiais. Como disse, a experiência acabou por revelar que, na maior parte dos Estados, as partes não se socorreram da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade levadas aos Juizados, sendo certo também que não houve, país afora, uma explosão de causas arbitrais que pudesse revelar uma preferência da população pela via arbitral em detrimento do poder estatal” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004).

²⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.127.

²⁷⁷ Carlos Alberto Carmona informa que um dos maiores preconceitos está na arbitragem em matéria trabalhista. Segundo o autor, é indissociável uma certa antipatia, sobretudo política, dos doutrinadores em relação à solução arbitral de conflitos especializados, apesar da larga utilização do instituto em outros países. Aponta que nos Estados Unidos, o instituto é largamente utilizado, e tem sua vantagem reconhecida por todos. Constata-se até mesmo que a arbitragem é o meio mais utilizado entre empregadores e empregados, graças à tradição norte-americana de intervenção subsidiária do governo nas questões trabalhistas. “Diferentemente do que ocorreu no Brasil, os norte-americanos não receberam direitos, conquistaram-nos, de tal sorte que os sindicatos restaram historicamente fortalecidos, o que decididamente não aconteceu em nosso país. Como resultado, nos Estados Unidos dão suporte ao empregado no momento em que se instaura uma disputa arbitral em face do empregador, equilibrando as forças litigantes; no Brasil isso não ocorre, gerando forte desconfiança em relação a qualquer

arbitragem ser conhecida desde a Constituição de 1824 e, mais tarde, ser prevista expressamente no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973²⁷⁸.

Além disso, José Maria Rossani Garcez²⁷⁹ traz outros argumentos para o impasse cultural na utilização da arbitragem. O primeiro deles seria o medo que alguns advogados desinformados têm em que a arbitragem subtraia o mercado de trabalho. O segundo seria a substituição do Poder Judiciário por uma justiça privada²⁸⁰.

Todos esses argumentos são equivocados. Isso porque a arbitragem depende em grande parte dos advogados para inserir nos contratos as cláusulas compromissórias, bem como acompanhar o processo arbitral. Além disso, não há uma substituição do poder estatal pelo poder privado.

A arbitragem se refere aos direitos disponíveis, por expressa determinação legal²⁸¹, mas faz prevalecer a autonomia privada das partes. Como visto no capítulo anterior, os particulares têm o poder de regular os seus interesses, nos limites estabelecidos pelo ordenamento, sem que isso fira os princípios constitucionais.

Com efeito,

nada mais flexível do que, ao invés das normas rígidas do processo codificado pelo Estado as partes possam escolher normas procedimentais de uma determinada entidade, que regulará o processo arbitral, facultando às partes uma variedade de situações em que poderão optar por vários aspectos desse procedimento.

E, ainda, terem as partes a liberdade de levar a cabo a arbitragem em qualquer lugar de sua escolha. Além disso, as partes podem, ao invés de rígidas normas de direito, escolher entre si, contratualmente, para reger a arbitragem a equidade, os princípios gerais de direito, o conjunto difuso porém tendente à certa

forma de resolver os conflitos entre as partes economicamente desiguais fora do Poder Judiciário. Oxalá possam os sindicatos, patronais e dos empregados, acostumarem-se, nas convenções coletivas, a estabelecer uma forma de composição de conflitos através de órgão neutro” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.60-61).

²⁷⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.69.

²⁷⁹ Ibidem, p.70

²⁸⁰ Nesse ponto, insta salientar que a sociedade brasileira está acostumada à resolução de conflitos pelo Estado Juiz, não abrindo margem para que um terceiro imparcial, diferente do juiz, possa julgar a causa.

²⁸¹ Na lição de Francesco Carnelutti, há limites para o processo arbitral. Em primeiro lugar, não pode ser empregado para a composição de qualquer lide e aí é que reside a sua natureza de sub-rogado processual. Os seus limites serão diferentes, no direito italiano, conforme o processo derive do compromisso ou de cláusula compromissória. “Em todo o caso se excluem da composição perante os árbitros as lides “que se referem a questões de estado e de separação pessoal entre cônjuges e as demais que não possam constituir objeto de transação (art.806); os limites da heterocomposição arbitral são, portanto, idênticos aos da autocomposição, e em particular da composição transacional. Existe também as lides que são subtraídas do processo por árbitros unicamente se este se deve fazer em virtude de cláusula compromissória; a ratio dessa proibição está no temor de que, quando a lide não é presente, as partes não estejam em condições de avaliar adequadamente a conveniência da arbitragem [...]”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.167).

homogeneidade estrutural das normas, princípios e jurisprudência arbitral internacional [...]²⁸².

Percebe-se que esse é um dos aspectos mais importantes da arbitragem: resguardar a autonomia privada das partes, na medida em que o Poder Judiciário deixa de impor coercitivamente a composição dos conflitos e as partes podem, espontaneamente, dirimir seus conflitos mediante suas escolhas²⁸³.

No aspecto econômico, discute-se o custo da arbitragem, que ainda é incompatível com a renda da maior parte da população, já que são os litigantes que têm que arcar com os honorários dos árbitros.

Ocorre, entretanto, que esse argumento é bastante discutível. De fato, o custo-benefício do processo arbitral pode ser muito maior.

Isso porque a arbitragem é simples e objetiva, conferindo um julgamento rápido e seguro às partes. Essa rapidez leva a uma redução de custos além das expectativas das partes²⁸⁴.

Joel Dias Figueira Júnior traz outros benefícios acerca da arbitragem, nos seguintes termos:

²⁸² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.73-74

²⁸³ Coaduna com esse entendimento Carlos Alberto Carmona, para o qual a lei de arbitragem “prestigiou em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei. Sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação [...] Em sede de arbitragem, porém, muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de lei para estabelecer a norma que regerá o caso concreto” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.34).

Também nesse sentido, Elio Fazzalari: “o processo arbitral é instaurado por dois ou mais sujeitos, os quais, em vez de se submeterem a sua controvérsia jurídica aos juízes do Estado, a deferem a um ou mais sujeitos privados, os “árbitros”, perante os quais se desenvolve o contraditório entre os litigantes. Enfim, o processo se conclui com uma disposição (o ‘laudo’) com que o árbitro impõe às partes uma definição substancial, mediante o prévio (re)conhecimento dos pressupostos da própria vontade.

Aliás, considerando que o ato de deferir a controvérsia à arbitragem em vez de ao juiz estatal (ou ‘togado’, como se queira) constitui manifestação da autonomia do privado (isto é, concedida ao privado pelas leis do Estado) na gestão do seu patrimônio, tal escolha deve ser feita nos limites daquela autonomia: assim como o sujeito não pode, por vontade de lei, dispor de direitos indisponíveis, da mesma forma ele não pode deferir ao árbitro a controvérsia que tenha por objeto um de tais direitos, os quais somente o Estado juiz pode conhecer” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.574-575).

²⁸⁴ Uma das características da arbitragem é a celeridade. Eis a lição de Rodolfo Pamplona Filho: “a completa ausência de previsão expressa de possibilidade de interposição de recursos garante às partes, sem sombra de qualquer dúvida, uma redução da duração do litígio, pois um dos elementos mais irritantes na demanda judicial é justamente a ampla possibilidade de ajuizamento de medidas procrastinatórias, que apenas perpetuam o feito. [...] Todavia, da mesma forma, não podemos olvidar de que, segundo a atual Lei de Arbitragem, são as próprias partes que escolhem o procedimento a ser adotado, o que não exclui, portanto, a possibilidade de que as próprias partes pactuem alguma espécie de recurso (tão rápido quanto o procedimento inicial) para eventual revisão da decisão”. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em: 25 dez. 2008, p.5).

[...] os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso e, via de regra, do maior quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento rápido e seguro, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública [...].

Em segundo lugar, a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida decorre de dois outros fatores, quais sejam, a irrecorribilidade das decisões arbitrais (interlocutórias ou sentença arbitral) e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do poder judiciário²⁸⁵.

A discricção e o sigilo dos atos e do julgamento são fatores importantes desse mecanismo extrajudicial. Por fim, pode-se dizer que a arbitragem é um mecanismo privilegiado para a composição amigável dos litígios ou para a convergência de esforços no sentido de alcançarem rapidamente a solução da lide, sem descuidar dos valores inerentes, quais sejam, a segurança e a justiça da decisão²⁸⁶.

De forma lenta e paulatina se percebe uma abertura do direito brasileiro, e da sociedade, para utilização desse mecanismo²⁸⁷. Os contratos de cunho societário e comerciais, de forma tímida, passaram a incorporar as cláusulas compromissórias e os advogados, percebendo os benefícios de uma solução diferenciada, começaram a cogitar a possibilidade para os contratos sob sua elaboração.

3.2.3.2 Jurisdição estatal

Além da arbitragem, tem-se como segunda forma heterocompositiva a tutela jurisdicional.

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a terceira solução imparcial por excelência é o processo, conhecido modernamente como um monopólio estatal.

Eis a lição do autor,

[...]el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto. Pero para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que esse tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre si enfrentadas, para que llegado el

²⁸⁵ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.102-103

²⁸⁶ Ibidem, p.103

²⁸⁷ Carlos Alberto Carmona indica que o sucesso da arbitragem se deu, no Estado do Paraná, pelo especial empenho dos juízes encarregados da direção e implementação do sistema de arbitragem nos Juizados Especiais. Os juízes, informa o autor, não têm medido esforços para orientar a população acerca da vantagem de resolver conflitos através dos árbitros (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.21).

*caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga*²⁸⁸.

A sociedade atual, nesse contexto, tem imposto a atividade estatal da jurisdição como o meio ordinário de solução de conflitos, vale dizer, o “Estado moderno impõe a sua própria atuação como o único meio institucionalmente destinado a fazer valer a vontade concreta do direito objetivo, com vistas a por fim às controvérsias e promover a pacificação social”²⁸⁹.

Petrônio Calmon afirma que a função do Estado denominada jurisdição tem o papel de compor o litígio através de duas ordens de atividades: a certificação e a satisfação²⁹⁰. Isso porque trata-se a jurisdição de atividade completa, é o meio ordinário de solução de conflitos, o único que se apresenta “contemporaneamente como capaz de solucionar todas as situações de conflito que normalmente surgem na sociedade, promovendo não só a certificação do direito quanto a satisfação do direito declarado”²⁹¹.

Segundo Fredie Didier Júnior a função jurisdicional tem por característica marcante ser a função estatal que revela a última decisão²⁹².

Eis a lição do referido autor:

Na verdade, a marca da jurisdição, [...]é ser ela a última decisão, a decisão definitiva. Quando o Poder Judiciário resolve a questão que lhe é submetida, cria uma norma jurídica concreta que não pode ser controlada por nenhum outro poder, nem mesmo o legislativo; o Poder Judiciário dá a última palavra sobre o conflito. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, esse situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo. Essa aptidão é, pensamos, a característica mais marcante da atividade jurisdicional²⁹³.

Nesse sentido também se manifesta Luiz Guilherme Marinoni²⁹⁴. Para o referido autor, a existência de conflitos entre os membros da sociedade, e a impossibilidade de autotutela, obrigam o Estado a manifestar o seu poder jurisdicional. A jurisdição não é somente um meio

²⁸⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991,p.13-14

²⁸⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37

²⁹⁰ Para o autor, a atividade de certificação pode se constituir em simples declaração sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, na constituição de uma nova relação ou um comando para que se realize determinada obrigação. Nesse último caso, será necessária uma segunda ordem de atividade jurisdicional, qual seja, a satisfação, em que o Estado juiz deverá praticar atos necessários à satisfação do direito certificado. (CALMON, op. cit., p.39).

²⁹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37.

²⁹² DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.61.

²⁹³ Ibidem, loc. cit.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.130.

de resolver os litígios, é, antes de tudo, uma manifestação estatal voltada à solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos cumpram o que foi imposto pelo Estado.

Para o autor,

De nada adiantaria a jurisdição se os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou caso a solução do juiz pudesse ser negada. De modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível. Isso não apenas para que a autoridade do Estado possa se firmar, mas também porque os cidadãos têm a necessidade de ver os seus conflitos solucionados de forma definitiva²⁹⁵.

A jurisdição se caracteriza, nessa ordem de idéias, por alguns princípios, que foram elevados à categoria de princípios constitucionais sob a cláusula geral do devido processo legal.

Insta salientar que o devido processo legal é uma garantia constitucional prevista no art. 5º LIV, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e que por ser um direito fundamental também é aplicado na relação entre particulares.

Segundo Paula Sarno Braga²⁹⁶, “a cláusula do *due process of law*, hodiernamente, por opção da própria doutrina e jurisprudência, é um conceito aberto. É instituto de teor inexato, vago, indefinido²⁹⁷”.

Há uma preferência em que seu significado seja moldado diante de situações específicas.

Nesse sentido Letícia de Campos Velho Martel:

O teor de abstração do devido processo legal genérico é, pois, largamente admitido, tanto pela Suprema Corte quanto por estudiosos estrangeiros e pátrios sobre o tema. No entanto, essa assunção não permite afirmar que o princípio não possua sentido algum ou que possa receber qualquer sentido. Abstração não é sinônimo de indeterminabilidade, tampouco ausência completa de conteúdo semântico. Significa apenas que o princípio não tem conteúdo preciso, fixo, inalterável, mas que é dotado de uma dose de flexibilidade e abertura que se amolda e que requer determinações diante de situações específicas. Um princípio tem um sentido geral, uma estrutura básica que permite a sua concretização e determinabilidade.

²⁹⁵ Ibidem, p.131

²⁹⁶ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.159

²⁹⁷ Jardim apud Maria Rosynete Oliveira Lima afirma que no processo penal “a cláusula do devido processo legal deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode-se restringir à consagração de um processo penal de partes, com um tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O ‘devido processo legal’ não pode ser resumido à consagração do princípio do juiz natural, à vedação das provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão somente consolidar. Agora, queremos mais do devido processo legal, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, mais fértil”(Devido processo legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999).

Primeiramente, para o entendimento de sua razão abstrata, há que se atentar para o fato da expressão devido processo legal não estar insculpida em um vácuo. Ela está inserta no texto constitucional [...] ²⁹⁸.

O *due process* assume a qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, constituindo o sustentáculo dos direitos e garantias individuais e coletivas, “porque sua invocação e incidência encontra aptidão para proteger o cidadão e a pessoa de um modo geral contra danos ou riscos de danos, especialmente do próprio poder” ²⁹⁹.

Esse postulado está consagrado na Constituição de 1988 ao dispor acerca do direito à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade, não podendo qualquer pessoa ser privada desses bens sem o devido processo, nos termos da lei e perante autoridade prévia e constitucionalmente investida no poder de julgar (art.5º, caput e inciso LIV).

Desse princípio decorrem inúmeros outros, tais como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório ³⁰⁰, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, à igualdade ³⁰¹, à publicidade etc.

²⁹⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.306.

²⁹⁹ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal. *Revista de Processo*, a.27, n.106, abr./jun., 2002, p.297

³⁰⁰ Para a efetiva garantia do contraditório é necessário um procedimento adequado e eficaz, permitindo a manifestação das partes em todo o processo. O contraditório não pode ser entendido como mero diálogo entre as partes no processo, é mais do que isso: a existência do contraditório depende de procedimentos específicos, previamente determinados e com o objetivo de permitir a participação das partes em pé de igualdade. Nesse contexto, Fredie Didier Júnior informa que o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: a da participação e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação reflete a faculdade concedida aos litigantes de intervir ativamente no processo, de participar e pronunciar-se para fins de formação do convencimento do magistrado.

Além dessa faceta primária do princípio em análise, há o elemento substancial da garantia do contraditório denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”, vale dizer, não basta que as partes manifestem-se no processo para que o contraditório esteja protegido, é necessária aos litigantes a permissão de intervir no processo de modo a poder influenciar no conteúdo da decisão do magistrado (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual*. Vol.I. Salvador: Juspodivm, 2007).

É inadmissível na atual configuração do processo que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie em visão fática ou jurídica que as partes não tenham se dado conta. O aplicador do direito tem o dever, pautado na garantia do contraditório, de dar conhecimento às partes “em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-se assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.237).

³⁰¹ A Constituição de 1988 consagra no caput do art. 5º o princípio da isonomia, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade [...]”.

Esse princípio é a pedra de toque do estado Democrático de Direito, que determina a igualdade de todos perante a lei.

Nesse contexto, o princípio da isonomia é entendido sobre dois prismas, a saber: igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal pode ser definida como “a identidade de direitos e deveres estatuídos pelos ordenamentos às pessoas”. Já igualdade material leva em conta o caso concreto. (MENDES, Regina Lúcia Teixeira Mendes.

Cumpra ressaltar que o devido processo legal hoje deve ser entendido sobre um duplo enfoque: devido processo legal substancial e devido processo legal formal.

Pelo primeiro, devido processo legal substancial, entende-se que não pode o Estado, a despeito de observar a seqüência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. O conteúdo do devido processo legal material é um conteúdo de razoabilidade.³⁰²

Na lição de Fredie Didier Jr., “as decisões jurídicas não de ser devidas, não bastando a sua regularidade formal. É necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta”³⁰³.

O princípio do devido processo legal substantivo é aplicável a todos os tipos de processo e, a palavra processo deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, aplicável aos processos jurisdicional, administrativo, legislativo e negocial.

Ainda na lição do referido autor, é da garantia do devido processo legal substantivo que surgem o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que ambos são tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.

Paula Sarno Braga arremata:

Na verdade, a idéia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: *i) substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; *ii) realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; *iii) e enfim, estritamente proporcionais*, ou seja,

Isonomia formal e isonomia material no processo: o pressuposto da cidadania brasileira. In: GRECO, Leonardo, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.244).

No processo civil contemporâneo, o princípio da isonomia deve ser guiado pela igualdade material, levando-se em conta a desigualdade das partes. Através do processo se busca dar um tratamento jurídico desigual às partes, na exata medida da desigualdade.

Willis Santiago Guerra Filho ratifica esse entendimento: “Bettermann aponta para a nova dimensão que assume o princípio da igualdade das partes, no contexto do processo social, o qual passa da igualdade formal de todos perante a lei para a igualdade material, com a busca de se estabelecer uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo da justiça do resultado dos processos. O que se busca é promover uma ‘igualdade de chances’, a qual se preserva, no processo, basicamente, observando a chamada ‘paridade de armas’ entre as partes, que estaria ameaçada, segundo Bettermann, ‘sempre que a parte supere, no essencial, à outra, em poderes e meios, no processo’”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, n.82, a.21, abr./jun.,1996, p.83).

De nada adiantaria que a Constituição assegurasse abstratamente o direito de ação, se não fosse garantido o acesso à tutela jurisdicional às partes de forma efetiva e adequada.

³⁰² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

³⁰³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2007, p.31

ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens³⁰⁴.

O princípio da proporcionalidade, sem dúvida, exerce papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, porque mais uma vez é preciso ponderação para sua vinculação nas relações privadas.

O princípio do devido processo legal formal é, por sua vez, basicamente o direito a ser processado e julgado de acordo com normas previamente estabelecidas. Essa garantia desdobra-se em outras tantas, a exemplo do acesso à justiça, juiz natural, tratamento paritário dos sujeitos processuais no processo, plenitude da defesa, publicidade dos atos e motivação das decisões, tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável³⁰⁵.

Vale dizer, segundo esse princípio, é necessário que os atos decisórios, normativos atendam a uma forma, exigindo-se um percurso pautado de formalidades legais, tendo em vista ordenar “o procedimento e diminuir ao máximo o risco de intromissões errôneas nos bens tutelados”³⁰⁶.

Fredie Didier Jr, em apertada síntese, conclui acerca do princípio devido processo legal, nos seus aspectos formal e substancial:

o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher. Nesse sentido, tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental.

Desse modo, percebe-se que a jurisdição, entendida, por muito tempo, como monopólio estatal, em caráter exclusivo, tem afastado, em diversas situações, as formas privadas de solução de conflitos. É preciso observar, porém, que hodiernamente não é mais possível falar em jurisdição como monopólio do Estado. Isso se deve ao fato de que a arbitragem é também uma atividade jurisdicional, com a diferenciação quanto ao elemento confiança³⁰⁷. Na jurisdição estatal o órgão não pode ser escolhido pelas partes e a sentença será imposta de forma coativa, ao passo que na arbitragem a escolha do terceiro imparcial é feita pelas partes.

³⁰⁴ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.170

³⁰⁵ DIDIER JR., op. cit., p.37

³⁰⁶ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.200

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2007, p.73.

Também é preciso levar em conta que o processo judicial custa caro, já que as soluções às lides no poder judiciário tornaram-se, ao longo dos tempos, cada vez mais morosas. Hodiernamente se discute a crise do Poder Judiciário, sob diversos aspectos³⁰⁸.

Essa discussão, porém, será objeto do próximo capítulo, para que assim possa se responder ao seguintes questionamentos: há uma autorização do ordenamento jurídico para as formas autocompositivas, pautadas na autonomia privada das partes, sobretudo em virtude da crise do Poder Judiciário? As formas autocompositivas são efetivas para a justa composição das lides?

3.3 AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

A tutela jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário não é o único meio de se chegar à justa composição dos litígios, eliminando os conflitos e restaurando a paz social.

Desse modo, surgem as demais formas de solução de litígios, dentre elas a autocomposição extrajudicial, como meio legítimo e alternativo de solução dos conflitos instaurados na convivência em sociedade.

3.3.1 Definição

Nas palavras de Francesco Carnelutti, “uma composição da lide por obra das partes admite-se quando a tutela do interesse que constitui material da pretensão ou da resistência se remeta ao juízo dela”³⁰⁹.

A autocomposição é um meio altruísta de solução de conflitos, já que a divergência de interesses é resolvida mediante o consenso das partes.

³⁰⁸ Francesco Carnelutti defende que se deve reconhecer “dentro de certos limites, eficácia à autocomposição extraprocessual”. Na lição do autor, essa é uma aplicação da lei do mínimo esforço, “já que o processo custa tempo e dinheiro, tanto melhor se pode ser economizado sem deixar de obter o mesmo resultado. Pode ocorrer que o resultado não seja exatamente idêntico, o que por causa do ponto de vista da exatidão poderia induzir a preferir o conceito de sub-rogados ao de equivalentes do processo: a economia de tempo e dinheiro pode compensar-se com uma garantia menor da justiça da composição; isso concerne não só à autocomposição, como também à heterocomposição obtida, por exemplo, por meio do processo arbitral ou mediante o processo estrangeiro. No entanto, compensando-se o perigo em relação à justiça pelo menos com a vantagem em relação à economia, o resultado é aceitável; nos limites em que o seja, reconhece-se o equivalente” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.158).

³⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.158-159

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, não se exige muito para entender o significado da palavra autocomposição. Esta envolve dos vocábulos: o prefixo auto e o substantivo composição, que equivale à solução dos litígios por parte dos litigantes, e se diferencia do processo, em que a decisão é dada por um juiz, terceiro imparcial³¹⁰.

Petrônio Calmon³¹¹ define a autocomposição como a prevenção ou solução de litígio por decisão consensual das partes envolvidas no conflito.

Informa o autor que a autocomposição é um fenômeno natural e inerente à natureza humana. Isso se deve ao fato de que o indivíduo busca espontaneamente a harmonia social, mediante “salutar convivência humana, evitando os conflitos ou compondo os existentes. A solução amigável é sempre tentada, seja em decorrência desse aspecto da natureza humana, seja em virtude da frustração com a atividade estatal”³¹².

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo defende que a atitude altruísta da autocomposição pode provir do atacante, do atacado ou de ambos, quando há concessões mútuas, mais ou menos equilibradas³¹³.

Nas duas primeiras hipóteses, a autocomposição é unilateral. Nesses casos, a autocomposição se manifesta pela renúncia, quando o atacante abre mão de sua pretensão, ou pela submissão, quando o atacado abre mão de sua resistência.

No último caso a autocomposição é bilateral. Essa autocomposição pela concessão mútua das partes se manifesta pela transação.

Nos três casos³¹⁴, na lição de Francesco Carnelutti sobre o direito italiano, é preciso que os litigantes possam dispor do direito material em litígio:

que ocorram lides que não possam constituir objeto de transação, resulta explicitamente do art. 806; e não é objeto de dúvida, tampouco sob esse aspecto, a analogia entre a transação e outras fontes de autocomposição. Quais sejam essas lides o esclarece o art. 1.966 do Código Civil; precisamente porque a transação só se consente quando os ‘direitos que constituem objeto das lides não estejam subtraídos à disponibilidade das partes’ (art. 1.966, do Código Civil), ‘para transigir, as partes devem ter a capacidade de dispor dos direitos que constituem objeto da lide’ (art. 1.966, Código Civil)³¹⁵.

³¹⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.77

³¹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.53

³¹² *Ibidem*, p.32

³¹³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

³¹⁴ Essas três manifestações serão tratadas de forma mais detalhada na seção 3.3.4.

³¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.159

Para o referido autor, não se pode abrir mão dos bens que não se pode dispor, seja pela renúncia, submissão ou transação.

Petrônio Calmon³¹⁶ coaduna com esse entendimento ao afirmar que “seria um contra-senso lógico, antes de ser jurídico” se o objeto da autocomposição fosse bens indisponíveis.

Isso se deve ao fato de que a autoregulamentação dos indivíduos está pautada nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, não é dado ao particular o poder de abrir mão de direitos indisponíveis, não patrimoniais³¹⁷.

O Código Civil de 2002, seguindo a mesma linha do Código Civil de 1916 dispõe nesse sentido: “art. 841. Só quanto a direitos disponíveis de caráter privado se permite a transação”.

Essa regra, entretanto, que somente a transação sobre direitos disponíveis, encontra-se ultrapassada. Isso porque já se admite a transação de direitos indisponíveis.

Na lição de Daniel Mitidiero, não são poucos os direitos indisponíveis que admitem transação. Assim, por exemplo, “o direito a alimentos é indisponível, mas o seu quantum é passível de transação; é indisponível o direito/dever dos pais relativamente à guarda dos filhos, ou ao direito de visitá-los, mas a transação sobre o modo de exercício de visitas é admitida e conveniente”³¹⁸.

Tanto há diferença entre a indisponibilidade e intransigibilidade, que o legislador, através da Lei n. 10.444/2002, de maneira acertada, alterou a redação do art. 331 do Código de Processo Civil, ao determinar que a audiência preliminar deve ser marcada se os direitos puderem ser

³¹⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.58

³¹⁷ Petrônio Calmon informa que a dificuldade está em estabelecer os critérios definidores da indisponibilidade do bem, bem como qual a fonte do direito que pode realizar tal definição. Segundo o autor, ainda que o Código Civil contenha normas de caráter cogente e disposições sobre pessoa jurídica de direito público e seus bens, esse código se apresenta como um instrumento legislativo de caráter exclusivamente privado. Não tem o condão de interferir em outros ramos do direito (por exemplo, o direito penal e o direito processual), a não ser que houvesse disposição expressa nesse sentido. Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 disciplina exclusivamente o Direito Civil e as sociedades. Dentro desse limite, pode-se afirmar que a autocomposição (e não somente a transação) somente é possível quando tiver por objeto direito patrimonial de caráter privado. Mantém-se, portanto, o tradicional exemplo dos alimentos, bem de caráter privado, mas não patrimonial [...].

Quanto ao direito penal, evidentemente a pena, sobretudo a restritiva de direitos e a privativa de liberdade, são consideradas como bem indisponível, de natureza não patrimonial. Pela dicção da lei civil, o apontado autor de um ilícito penal não poderia transigir sobre sua liberdade, que é um bem não patrimonial. Todavia, além do Código Civil não ter aplicabilidade sobre direito penal, a Constituição Federal estabelece a possibilidade de ser realizada a transação penal, não limitando o seu objeto (CALMON, op. cit., p.58-59)

³¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, t.III, p.462.

objeto de transação. Essa lei, portanto, “promoveu a troca da ‘infeliz expressão’ ‘direitos indisponíveis’ por outra tecnicamente mais correta: ‘direitos que admitam transação’”³¹⁹.

Desse modo, não se pode aplicar de forma irrestrita o art. 841 do Código Civil, na medida em que é admissível transacionar em relação aos direitos indisponíveis³²⁰.

Vê-se, portanto, que para viabilizar a efetividade de um direito indisponível é possível a realização da transação.

Todavia, é de se ressaltar que, em todos os casos versando sobre direitos indisponíveis, a celebração da transação não deságua em renúncia, vale dizer, concessão recíproca não importa em abrir mão do direito material correspondente, tendo em vista a indisponibilidade do direito.

Outrossim, os limites objetivos da autocomposição serão estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, os limites da autocomposição podem ser equiparados aos limites da autonomia privada, tais como os direitos fundamentais, a boa-fé, a lei e a ordem pública.

Do mesmo modo, os sujeitos da autocomposição são os titulares dos direitos e obrigações sobre os quais versam os litígios. Somente podem compor o litígio, nessa modalidade, os que possuem capacidade jurídica.

O Estado, assim como o particular, também pode solucionar o conflito através da autocomposição, desde que autorizado por lei. Deriva esse regramento do princípio da

³¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.477. O autor, em que pese defender que o legislador deu um passo adiante, defende que a expressão correta seria “direitos que admitem conciliação”. Isso se deve ao fato de que é possível que ocorra conciliação sem transação. “O que visou o legislador, com a criação da audiência preliminar, foi ensejar um momento processual propício ao fim do litígio por conciliação, não necessariamente por transação”. (DIDIER JUNIOR, op. cit., p.477).

³²⁰ Nesse sentido, Geisa de Assis Rodrigues defende que o direito é indisponível quando o titular não pode dele renunciar, nem realizar concessões que representem a redução de seu conteúdo. Os direitos transindividuais, por envolverem o direito de toda a coletividade, são considerados indisponíveis. Ainda que indisponíveis, esses direitos são passíveis de conciliação. É o que ocorre quando há a realização do termo de ajustamento de conduta, que nada mais é do que uma conciliação extrajudicial. Eis a defesa da autora: “seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar os litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação dispendiosa da máquina jurisdicional. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pencha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido. [...] Não seria, portanto, compatível com a lógica do acesso à justiça no Estado democrático de direito que os conflitos envolvendo direitos transindividuais, desde quando seja possível, não pudessem se beneficiar de todas as vantagens apresentadas pelo instituto da conciliação. Por isso que, antes mesmo de a lei autorizar o ajustamento de conduta extrajudicial, embora já houvesse previsão de acordos administrativos na esfera ambiental previstos pela lei 7661 de 16.5.88, já havia precedentes jurisprudenciais autorizando as conciliações nas ações civis públicas [...]”. (RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.53-54).

legalidade, estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, em que à Administração Pública somente cabe atuar nos limites impostos pela lei³²¹.

Outra classificação da autocomposição está ligada à sua relação com o processo. Pela classificação de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a autocomposição pode ser endoprocessual e extraprocessual.

A autocomposição endoprocessual, ou composição judicial, são realizadas no curso do processo e visam à sua extinção³²².

Já a autocomposição extraprocessual se classifica segundo o momento em que é celebrada. É possível que a autocomposição seja pré-processual, intra-processual e pós-processual.

A primeira ocorre antes de se cogitar concretamente o processo. Na segunda, a autocomposição é realizada na iminência de se concretizar o processo, quando atos concretos para essa finalidade já foram realizados e, por fim, na terceira hipótese, a autocomposição é realizada fora do processo, paralelo ao desenvolvimento deste. Essa modalidade pode se converter em endoprocessual, tão logo seja levada ao processo para homologação judicial³²³

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³²⁴, ao analisar a autocomposição extraprocessual, defende que a modalidade pré-processual pode ser utilizada para se discutir, mais tarde, a sua eficácia em juízo (ou quando a existência e a validade podem ser utilizadas como exceção pela parte interessada). A intra-processual tem duas variantes, vale dizer, pode se produzir entre as partes somente ou mediante a intervenção da autoridade judicial. Já a autocomposição pós-processual se origina depois de recaída a sentença e afeta a execução do julgado.

3.3.2 Natureza jurídica

³²¹ Eis a lição de Fredie Didier Júnior: “são inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo interesse de ente público, não sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por acordo de parcelamento firmado perante repartição pública, longe das mesas de audiência do Poder Judiciário. A lei, inclusive, prevê expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais. [...] A possibilidade de conciliação envolvendo entes estaduais e municipais dependerá de lei estadual ou municipal específica” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.478-479).

³²² É o que dispõe o art. 269 do Código de Processo Civil, que determina: “Haverá resolução de mérito: [...] III – quando as partes transigirem; [...] V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”. Note-se que nesses casos, resolve-se definitivamente a situação de direito material objeto do litígio, concedendo-lhe autoridade de coisa julgada.

³²³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.55

³²⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

Muito se discute sobre a natureza jurídica da autocomposição.

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³²⁵ caracteriza a autocomposição como uma dos meios de solução de conflitos, colocando-a ao lado da autodefesa e processo.

Petrônio Calmon defende que a autocomposição é um legítimo tipo de solução dos conflitos e não põe, necessariamente, fim ao processo, mas ao conflito de interesses. É uma forma de pacificação que precisa ser incentivada, na medida em que resguarda a autonomia privada dos interessados.

Pode dizer-se que a autocomposição é excludente da jurisdição e da autotutela. É considerada um negócio jurídico³²⁶ e, como tal, deve preencher todos os requisitos de existência, validade e eficácia. Segundo Petrônio Calmon³²⁷, dentre os requisitos, destacam-se o objeto lícito, a forma prevista ou não defesa em lei e a capacidade dos agentes, evidenciando-se nesta a livre manifestação de vontade.

Como visto no capítulo anterior, são nos negócios jurídicos que principalmente se manifestam os atos de autonomia privada. Pode-se afirmar que a autocomposição nada mais é do que a manifestação da autonomia das partes, ou seja, o poder que os indivíduos têm de auto-regularem-se, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, como manifestação da vontade das partes, os indivíduos não encontram o poder ilimitado para manifestar-se pela renúncia, submissão ou transação.

Aos particulares não é dada a livre e absoluta manifestação da vontade.

Como negócios jurídicos que são, os limites são definidos pela lei, ordem pública, pela boa-fé. Em que pesem discussões em contrário, como visto no capítulo anterior, também os sujeitos encontram-se vinculados diretamente aos direitos e garantias fundamentais.

A cláusula geral da boa-fé assume papel incontestado nos negócios jurídicos na tentativa de evitar os abusos nas relações negociais e, conseqüentemente, na autocomposição dos litígios.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ Francesco Carnelutti também coaduna com esse entendimento ao dispor que a renúncia, submissão e transação somente ocorrem por meio de um ato que se classifica entre os negócios jurídicos. Não se opõe a essa definição que, enquanto o negócio jurídico é exercido de um direito subjetivo, se a pretensão é infundada não existe direito algum subjetivo que exercitar, objeção que vale também do ponto de vista da oposição; a única conseqüência que se deve tirar disso é que estes são negócios eventuais, no sentido de que existem e produzem seu efeito na eventualidade e na medida em que exista o direito a que se referem". (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.160).

³²⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³²⁸ traz a importância da boa-fé nessa forma de solução de litígios. Isso porque, vista de fora, ou seja, vista pelas pessoas que desconhecem a interioridade do litígio, a autocomposição aparece como uma expressão altruísta, porque se traduz em atitude de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário.

Por outro lado, vista de dentro, o atendimento ao estado de ânimo determinante, em concreto, de renúncia ou reconhecimento na autocomposição pode variar sobremaneira. O requisito espontaneidade nem sempre pode estar presente por completo. É possível que a autocomposição oculte ou dissimule com frequência os atos de autodefesa, sobretudo em virtude da desigual condição econômica dos litigantes, a influência de uma das partes ou de seu patrocinador, a desacertada condução do processo, dentro outros³²⁹.

O Código Civil preceitua essa importância, ao afirmar que: “art. 113: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé [...]”.

Nesse contexto, a autocomposição de litígios pode ser entendida como um meio idôneo, eficaz de solução de litígios, desde que feita dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento e atenda aos pressupostos de existência, validade e eficácia de todo e qualquer negócio jurídico.

Essa importância se dá, sobretudo, porque essa forma autocompositiva, pautada na vontade das partes, tem que ser verdadeira, manifestada sem qualquer pressão ou sentimento de poder de um em relação aos demais envolvidos, tendo em vista o interesse das partes em resolver o conflito de maneira possível³³⁰.

3.3.3 Mecanismos

Como um dos meios de solução de conflitos, a autocomposição possui mecanismos para a sua obtenção, sendo considerada uma alternativa à justiça estatal.

³²⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.78

³²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³³⁰ Nesse sentido Petrônio Calmon (*Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

Petrônio Calmon³³¹ defende que a prática da autocomposição não deve se limitar apenas à espontânea e natural atividade humana, sendo necessário constatar e sistematizar os mecanismos que visam à sua obtenção.

Dessa forma, ainda que não seja tarefa do Estado interferir diretamente, é preciso que proporcione facilidades para que os meios alternativos de solução de conflitos sejam largamente utilizados.

Nesse contexto, passa-se à análise dos mecanismos da autocomposição, como meios alternativos de solução de conflitos, que visam a renúncia, submissão ou transação pelas partes conflitantes.

Importante salientar que na literatura anglo-saxônica, esses meios alternativos são conhecidos como ADRS (*alternative dispute resolution*)³³² e, em português, conhecidos como MASCs – métodos alternativos de solução de conflitos.

Essa sigla representa, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova cultura na solução de conflitos, distanciada do clássico combate de litigantes no processo judicial. Essa forma é “mais centrada nas tentativas para negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, nem sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vista em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos”³³³.

E o autor vai além, ao afirmar que

os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, espaço no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem a consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e resolução de controvérsias³³⁴

Como nem sempre a autocomposição surge espontaneamente, são diversos mecanismos que visam à sua obtenção, dentre eles a negociação, a mediação e a conciliação³³⁵. Cada um deles

³³¹ CALMON, op. cit., p.12

³³² Petrônio Calmon alerta que as algumas modalidades de ADR, praticadas, sobretudo, nos Estados Unidos, são espécies da arbitragem, não sendo mecanismos para a autocomposição, mas para a obtenção da heterocomposição (CALMON, op. cit., p.96).

³³³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1.

³³⁴ Ibidem, p.5

³³⁵ Petrônio Calmon informa que além desses três mecanismos, outros termos são utilizados, em especial nos Estados Unidos, relacionando-os aos meios alternativos de solução de conflitos. Ele acredita, entretanto, que a observação mais apurada desses mecanismos leva a crer que não passa de técnicas incidentais de negociação e de mediação (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.92).

dispõe de métodos apropriados para se chegar à autocomposição de litígios, ou seja, para que as partes possam resolver os conflitos sem a imposição da decisão de um terceiro.

Passa-se à análise de cada um deles.

3.3.3.1 Negociação

Negociação é um diálogo entre as partes envolvidas no litígio com vistas a resolvê-lo de forma amistosa, sem a necessidade da participação de um terceiro para funcionar como facilitador da resolução do conflito.

Na lição de José de Albuquerque Rocha³³⁶, a negociação é uma modalidade de autocomposição bilateral, porque depende da participação dos litigantes.

Essa, contudo, não parece ser a classificação mais adequada, já que é possível não somente a transação como resultado da negociação, mas também a renúncia ou a submissão³³⁷.

Dessa forma, na composição há um diálogo direto entre os envolvidos no conflito, sem a participação de um terceiro. Nesse mecanismo, é fundamental a conversa direta dos litigantes, com vistas à obtenção da autocomposição.

Eis a lição de Petrônio Calmon:

é uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode ser impessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade³³⁸.

José Maria Rossani Garcez³³⁹ reconhece que qualquer método de negociação deve ser avaliado por três critérios objetivos: a) produção de acordo criterioso, se for possível chegar-

³³⁶ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, 31.

³³⁷ Essas figuras serão analisadas em seção própria, já que os mecanismos da autocomposição podem resultar no consenso das partes (transação), renúncia à pretensão ou submissão da parte contrária à vontade de outrem.

³³⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

³³⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

se a esse acordo; b) eficiência do acordo e, c) não danificação do relacionamento entre as partes ou, pelo menos, a melhora desse relacionamento.

Esse método de negociação deve, segundo o referido autor, ser desdobrado em quatro princípios, a saber:

- a) não negociar sobre as posições, vale dizer, ao negociarem acerca das posições as partes tendem a fechar nelas, tornando mais difícil a negociação e, conseqüentemente, o acordo;
- b) separar as pessoas dos problemas, ou seja, nas negociações é preciso se levar em conta que os litigantes são envolvidos por emoções, então, faz-se necessário que o conflito seja restaurado com base na confiança, respeito, para que a obtenção da autocomposição pela negociação seja mais fácil;
- c) fixar-se nos interesses e não nas posições, isto é, a negociação visa satisfazer os interesses em conflito, daí porque as partes não devem concentrar-se na posição assumida no ato da instauração do litígio e, por fim,
- d) imaginar opções para ganho mútuo. Nesse caso, as partes devem criar uma variedade de possibilidades antes de decidirem qual o resultado mais adequado e objetivo para o interesse em conflito³⁴⁰.

Percebe-se, portanto, que a característica fundamental da negociação é o diálogo das partes, sem a intervenção de um terceiro mediador ou facilitador da negociação.

A negociação tem em vista que as partes litigantes possam satisfazer seus recíprocos interesses, tendo como resultado a transação, ou seja, a resolução do conflito mediante concessões recíprocas.

É possível, porém, que como resultado da negociação não se consiga a solução dos interesses em conflito através de acordo, mas a renúncia da pretensão pelo pleiteante ou a submissão ao interesse de outrem.

Essa modalidade é fundamental e pode ser bastante eficiente, sobretudo nas relações continuadas, para que as partes possam manter a convivência harmoniosa, pacífica, sem a necessidade de romper vínculos relacionais pela intransigência de um dos litigantes.

³⁴⁰ Nesse sentido, Petrônio Calmon. (*Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.116-117).

3.3.3.2 Mediação

A mediação, na lição de Cândido Rangel Dinamarco³⁴¹, é a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem analisadas pelos litigantes.

Esse mecanismo de obtenção da autocomposição requer a presença de um terceiro imparcial para atuar como mediador, facilitando ou incentivando o diálogo entre as partes e, conseqüentemente, as próprias partes possam chegar à solução de seus conflitos.

Eis a conceituação de Petrônio Calmon:

a mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado³⁴².

Essa também é a lição de José Maria Rossani Garcez, para quem

quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge, em primeiro lugar, a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos.

Nela, um terceiro, imparcial, auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado³⁴³.

Nesse contexto, cumpre salientar que para que haja mediação as partes têm que negociar. Em regra, a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, que atuará como mediador, deve-se ao fato de que, na negociação, as partes não visualizam um resultado positivo ou, quando em uma disputa, o diálogo é muito difícil. Nesses casos, a figura do mediador é fundamental para permitir a negociação entre as partes, ou para impulsionar o diálogo entre elas.

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³⁴⁴ defende que o mediador se limita a propor uma ou mais soluções às partes, e está abaixo delas como facilitador da relação. Essa figura se diferencia do negociador, que está entre as partes para dispor uma solução, visando a autocomposição.

³⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123.

³⁴² CALMON, op. cit.

³⁴³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.35.

Além disso, o mediador diferencia-se do árbitro na medida em que seu auxílio, ou opinião, não é impositiva, ou seja, o papel do mediador é ser um facilitador, um interventor com autoridade para a manutenção do diálogo entre as partes, mas não tem o poder de impor resultados³⁴⁵.

Petrônio Calmon apresenta o que chama de ‘regra de ouro’ do mediador: não expressar sua opinião para as partes em litígio.

O mediador, antes de ser um mero assistente, é um modelador de idéias, que deve agir de forma rápida, confidencial, justa e produtiva, vale dizer, o mediador precisa apresentar soluções justas e rápidas para as partes, diminuindo o custo da mediação em relação ao processo judicial. Importante considerar que o mediador propõe soluções, mas jamais interfere nos termos do acordo, assim como se abstêm de tomar qualquer iniciativa de proposição.

Dos mecanismos autocompositivos, recomenda-se a mediação quando as partes têm uma relação continuada, pois o que se quer é terminar o conflito e não a relação entre os litigantes. “Na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução”³⁴⁶.

Válida é a lição de Petrônio Calmon:

considerando, ainda, os aspectos próprios da mediação, que diferenciam esses mecanismos dos demais, ressalta-se sua grande vantagem em proporcionar a solução do relacionamento e não somente do problema emergente. Em outras palavras, na mediação abre-se a possibilidade de resolução da lide sociológica e não somente daquela que seria a lide jurídica. Não resolve somente a pretensão resistida, fixada em posições objetivas, mas pode proporcionar uma compatibilização dos interesses, em um resultado ganha-ganha, salutar para os interessados e para a sociedade. Essa possibilidade somente é concreta porque atendido o pressuposto antes abordado, em que os envolvidos não são obrigados a fixar posições, formulando pedidos, nem se encontram diante do Estado-autoridade, nem tampouco recebem qualquer proposta objetiva de solução por parte de um conciliador. Na mediação, ao contrário, o terceiro imparcial apenas auxilia e facilita a negociação entre os envolvidos, jamais tomando qualquer iniciativa de objetivar uma solução³⁴⁷.

³⁴⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.76. Eis a sua lição: “[...] *el juzgador se encuentra supra partes y, por tanto, impone una solución, el conciliador, que formalmente se halla inter partes, aunque materialmente esté infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones*”.

³⁴⁵ A figura do mediador também se assemelha à figura do ouvidor na administração pública. O seu papel não é impor decisões, nem anular, revogar ou modificar os atos da administração pública, mas age formulando recomendações para permitir satisfação das reclamações dos interessados.

³⁴⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.122.

³⁴⁷ *Ibidem*, p.126.

A mediação envolve três etapas, imprescindíveis: a instalação, a negociação e o acordo. Na primeira etapa, há esclarecimento para as partes do que consiste a mediação, em especial se for a primeira vez que uma das partes esteja participando desse mecanismo, tendo em vista à obtenção da autocomposição. A segunda etapa refere-se às tratativas, ao diálogo facilitado pelo mediador para que, somente assim, chegue-se à última etapa, qual seja, o acordo entre as partes na tentativa de resolver a lide não só jurídica, mas de relacionamento. Nessa fase, acontece a determinação dos termos da autocomposição, fixando o objeto, o conteúdo e a forma de cumprimento, que deve ser feita por escrito, de forma clara e objetiva para as partes, evitando que novo conflito seja instaurado.

Nesse diapasão, a mediação ocupa um lugar privilegiado após a negociação³⁴⁸, porque há um predomínio da vontade das partes, ou seja, a autonomia privada é resguardada, e o mediador assume o papel incontestado de facilitador na negociação, mas deixa às partes o papel de resolver seus próprios conflitos³⁴⁹.

3.3.3.3 Conciliação

Como terceiro mecanismo de obtenção da autocomposição, tem-se a conciliação.

Eis a lição de Francesco Carnelutti:

em busca do benefício que a autocomposição da lide procura, evitando a perda de tempo e de dinheiro exigidos pela solução processual, é favorecida pela lei a atividade orientada para obtê-la e que tem o nome de conciliação.

Essa atividade pode ser privada e livre, ou pública e disciplinada pela lei. Essa última se distingue conforme a exerce antes do processo ou durante seu decurso³⁵⁰.

³⁴⁸ Segundo Fredie Didier Júnior, “o ministério da justiça apresentou, em setembro de 2003, anteprojeto que regulamenta a mediação no direito brasileiro, resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n.94, de 2002, da autoria da Deputada Zulaiê Cobra, e o anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. De acordo com esse projeto, haverá duas espécies de mediação: a) a prévia, que é opcional; b) incidental, cuja tentativa é obrigatória, e que terá lugar sempre que for distribuída a demanda, excepcionadas algumas hipóteses (mais ou menos o que se faz atualmente em litígios de família, inicialmente submetidos a uma câmara de conciliação)”. (DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.70).

³⁴⁹ Em sentido contrário, José de Albuquerque Rocha, para o qual na mediação o terceiro auxilia de forma intensa as partes conflitantes, oferecendo inclusive uma proposta de autocomposição. Essa, porém, não é a posição mais adequada, porque na mediação o terceiro imparcial não deve sugerir às partes uma solução para o caso concreto. Cabe a cada uma das partes, no exercício da sua autonomia, decidir qual a melhor forma de resolver a lide (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.31).

³⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.161.

A conciliação, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, “consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição. Pode se dar antes do processo e com vista a evitá-lo, qualificando-se nesse caso como conciliação extraprocessual; quando promovido no curso do processo é endoprocessual”³⁵¹.

A conciliação é conceituada, por Petrônio Calmon, como “atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a se autocomporem, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação por parte do conciliador [...]”³⁵².

Esse mecanismo é bastante utilizado e discutido pela doutrina. As palavras mediação e conciliação são utilizadas, em diversas ocasiões, como sinônimas, mas será visto que não se tratam do mesmo instituto.

Em que pesem ambas as modalidades servirem-se de terceiro imparcial, na conciliação o conciliador (ou o juiz) tem o papel de incentivar e coordenar um acordo entre as partes, podendo sugerir às partes os termos do acordo.

Na mediação, por sua vez, o terceiro imparcial atua como facilitador, visando auxiliar o diálogo das partes, mas não pode sugerir os termos do acordo. Cabe aos litigantes decidir a melhor forma de solucionar o litígio, sem a opinião do terceiro.

Petrônio Calmon informa que há três critérios para diferenciar a mediação e a conciliação: finalidade, métodos e vínculos³⁵³.

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver o conflito, e não só a lide, entre os envolvidos. A conciliação, por sua vez, contenta-se apenas em resolver o litígio dos litigantes.

Quanto ao método, os institutos se distinguem porque na conciliação, o conciliador assume papel mais ativo, podendo apresentar sugestões para a obtenção da autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos do acordo. Diferentemente, na mediação, o mediador não pode interferir nos termos do acordo, nem ao menos apresentar sua opinião sobre o objeto do conflito. Seu papel consiste na facilitação do diálogo, para que as partes possam reciprocamente chegar a uma conclusão.

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123.

³⁵² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

³⁵³ Ibidem, p.111

Por fim, o critério vínculo avalia a ligação do mecanismo com alguma estrutura preexistente. A conciliação, por esse critério, é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por um juiz ou por alguém que exerça a função específica do conciliador. A mediação, por outro lado, é atividade privada e não faz parte da estrutura de qualquer poder público³⁵⁴.

Walter Ceneviva³⁵⁵ apresenta uma classificação das alternativas possíveis de conciliação, serão vejamos:

- a) Sob o ponto de vista da intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa, quando a iniciativa é das partes e o juiz recebe o acordo para homologação, ou obrigatória, quando o juiz tem o dever de propor³⁵⁶.
- b) Conciliação preventiva e constitutiva. A primeira ocorre antes de instaurada a lide, com renúncia à demanda. A segunda ocorre após instaurada a lide, pois é esse o efeito da sentença que a homologa.
- c) Conciliação judicial ou extrajudicial. Esta se desenvolve sem que haja processo judicial em curso e é denominada pré-processual quando posteriormente sobrevém o processo. Essa modalidade é uma alternativa ao modo de solução ordinário, porque tenta evitar que as lides sejam levadas ao Poder Judiciário.

Petrônio Calmon³⁵⁷ defende que a definição de conciliação extrajudicial ocorre quando não há processo em curso tratando do mesmo conflito e pelo fato de não estar sendo conduzida diretamente por um juiz.

³⁵⁴ José Maria Rossini Garcez informa que, no Brasil, a “expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juizes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente”. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.49).

³⁵⁵ CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.378.

³⁵⁶ Essa obrigatoriedade pode ser vista no ordenamento pátrio. Eis a lição dos arts. 447 e 448 do Código de Processo Civil: “art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação; Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando ao acordo, o juiz mandará tomá-lo à termo”. No direito processual do trabalho, a obrigatoriedade da conciliação pelo magistrado também pode ser verificada com a redação do art. 846 da CLT: “Art. 846. Aberta a audiência, o juiz propondá a conciliação”. Não se trata de mera liberalidade do juiz. Este tem o dever de propor a conciliação.

³⁵⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.146. Segundo Carlos Alberto Carmona, a “vantagem da conciliação extraprocessual vem sendo sentida de há muito em outros países, onde se incentiva a criação de órgãos de conciliação pré-judiciais. No Japão, o ‘Comitê de Conciliação’ pode ser procurado pelos interessados antes da instauração do processo ou provocado pelo tribunal durante o curso do feito; nos Estados Unidos, alguns estados implementaram centros de conciliação para litígios

Por outro lado, a conciliação judicial ocorre quando é concomitante ao processo e desenvolvida em ambiente judicial. Na lição de Walter Ceneviva, a conciliação é judicial se depender da homologação em juízo.

Essa modalidade de conciliação pode ser feita pelo próprio juiz da causa, ou por um conciliador.

Tanto a conciliação extrajudicial quanto a conciliação judicial podem levar à renúncia da pretensão, submissão ou transação entre as partes³⁵⁸.

Importante salientar que a conciliação não é novidade no direito brasileiro. O art. 161 da Constituição Imperial de 1824 impunha a obrigatoriedade da conciliação antes de qualquer processo. Essa disposição não foi seguida nas demais constituições³⁵⁹.

O Regulamento n.737, de 25 de novembro de 1850 era taxativo: “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes...”³⁶⁰.

Com a Proclamação da República e a edição do Decreto n.359, de 26 de abril de 1890, aboliu-se a obrigatoriedade da conciliação prévia para o acesso ao Poder Judiciário³⁶¹.

A conciliação voltou a encontrar amparo legislativo com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, que dispõe, no art. 764, que “os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho sempre serão sujeitos à conciliação”.

de pequena expressão econômica; na França implementou-se um órgão especial para harmonização dos conflitos de interesses resultantes da atividade profissional dos médicos” (CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. *Revista de Processo*, a.14, n.56, out./dez., 1989, p.94).

³⁵⁸ Cumpre salientar que os termos ‘conciliação’ e ‘transação’ não são sinônimos. Isso porque a conciliação, em que pese buscar concessões mútuas entre as partes, não se restringe somente a este efeito. É possível que na fase conciliatória uma das partes queira realizar a autocomposição unilateral, vale dizer, é possível que uma das partes se submeta à pretensão da outra, ou que haja renúncia à pretensão. Essa é a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “a conciliação extraprocessual pode levar as partes à renúncia, à submissão ou à transação e, quando obtida algumas dessas soluções, ela é suscetível de ser homologada pelo juiz competente ou referendada pelo Ministério Público, em atos que têm a eficácia de título executivo (LJE, art. 57). Isso significa que, tratando-se de avença que dependa de cumprimento futuro e não sendo cumprida, o credor dispõe da via da execução forçada para obter a satisfação. [...]”

A conciliação endoprocessual pode conduzir à renúncia, à submissão (reconhecimento do pedido, satisfação imediata) ou à transação, assim como a desistência da ação (mera extinção do processo, mantendo-se o status quo ante como se demanda alguma houvesse sido proposta). A homologação pelo juiz põe fim ao processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123-124).

³⁵⁹ CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.372.

³⁶⁰ LEMBO, Cláudio. Conciliação e as tradições jurídicas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.387.

³⁶¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.110.

Essa regra também foi inserida no Código de Processo Civil de 1973.

A Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas (JEPEC), também previu a conciliação como forma de solucionar as lides levadas ao Juizado.

Influenciado pela já revogada lei dos Juizados de pequenas causas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 98, I, que a União e os Estados criarão juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade³⁶².

Em 26 de setembro de 1995 entra em vigor a lei 9.099, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis (JEC) e Criminais (JECRIM), que valorizam especialmente a conciliação, com a nomeação de conciliadores para presidir audiências com essa finalidade³⁶³.

Pela Lei 9.958 de 2000 são criadas as Comissões de Conciliação Prévias na lides trabalhistas, como forma de incentivo à autocomposição extrajudicial. Por essa lei, desde que existente a comissão própria no âmbito territorial do litígio, somente é possível o acesso à Justiça do Trabalho após a tentativa extrajudicial e compulsória de conciliação perante as comissões³⁶⁴.

Dessa forma, no processo, a tentativa de conciliação é obrigatória, além de ser dever funcional do juiz.

Essa tentativa de conciliação judicial pode ocorrer em qualquer tempo do processo, mesmo em segundo grau, por iniciativa do relator³⁶⁵.

Há que se ressaltar que na conciliação extra e pré-processual pode não haver homologação judicial. Já na conciliação judicial, ainda que realizada pelas partes, é necessário haver um retorno para homologação do acordo ou, em não havendo o referido acordo, para prosseguimento do processo.

Na homologação, o juiz não analisa o mérito da causa, mas deve verificar se o acordo entre as partes não fere os sistemas legal e social vigentes, ou se as partes agiram de acordo com as suas vontades. Cabe ao julgador o papel de resguardar a autonomia privada, verificando se o acordo entre as partes ocorreu dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico.

³⁶² Ibidem, p.111.

³⁶³ Ibidem, loc. cit.

³⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

³⁶⁵ Válida a transcrição do art. 125 do Código de Processo Civil: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Acredita-se que esse mecanismo de obtenção da autocomposição é fundamental para uma justa composição das lides. A conciliação deve ser almejada, sobretudo em busca de um acordo, de concessões mútuas entre as partes ou para restaurar a paz social, já que nem sempre a conciliação pode ter como efeito a transação, mas também a renúncia ou submissão³⁶⁶.

3.3.4 Manifestações da autocomposição

Segundo a classificação dos sujeitos do processo, a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral, a depender das partes atingidas.

Na autocomposição unilateral pode ocorrer a submissão e a renúncia e, na autocomposição bilateral pode ocorrer concessões mútuas, ou seja, as partes podem transacionar.

Fredie Didier Júnior³⁶⁷ acredita que a autocomposição é gênero, do qual são espécies a submissão, renúncia e transação.

Petrônio Calmon³⁶⁸, por sua vez, informa que essas espécies são possíveis resultados gerados pela autocomposição, ou seja, são manifestações da autocomposição que podem ocorrer tanto endoprocessualmente como extraprocessualmente.

Fernando da Fonseca Gajardoni informa que a doutrina reconhece três formas de autocomposição de litígios, prevista no art. 269 do Código de Processo Civil: a renúncia ao direito, o reconhecimento jurídico e a transação. Todas elas, no seu entender, são “institutos metaprocessuais, ligados ao direito material (modalidade de extinção das obrigações), com

³⁶⁶ Válido o entendimento de Piero Calamandrei: “mas no ordenamento italiano, a conciliação, quer ser, pelo contrário, um complemento útil da legalidade, enquanto a obra do autorizado intermediário deve servir para eliminar entre as partes aqueles mal-entendidos e aqueles raciocínios que são, com freqüência, a única causa do litígio. E para estimular entre as partes o sentido da solidariedade humana, para induzi-las a encontrar por si mesmas uma justa solução dos conflitos antes de recorrer à obra do juiz, que deve se reservar só para os casos nos quais exista verdadeiramente entre as partes um desacordo impossível de resolver, com a recíproca compreensão e boa vontade. Aparece também aqui o conceito fundamental do sistema da legalidade, segundo o qual o Estado considera normal e desejável que os mesmos cidadãos saibam entender por si mesmos o direito que regula suas relações: A função conciliadora deve ajudar os particulares, não a prescindir do direito, senão a encontrar por si sós o próprio direito”. (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas; Bookseller, 1999, v.1, p.162).

³⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007.

³⁶⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.54-55.

reflexos, entretanto, diretos sobre a relação jurídica processual (extinção do processo, com julgamento do mérito)”³⁶⁹.

Essas manifestações serão a seguir analisadas, sob a perspectiva da autocomposição extraprocessual, como mecanismo alternativo, mas eficaz de solução de litígios sem a participação, a princípio, do Poder Judiciário.

3.3.4.1 Renúncia

A renúncia é considerada como um ato unilateral do atacante. Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³⁷⁰ esse ato é chamado desistência, em que há a renúncia da pretensão litigiosa deduzida pela parte atacante e, em caso de haver processo, a renúncia da pretensão é formulada pelo autor da demanda, ou pelo demandado, em sua reconvenção.

Sobre essa figura, o autor informa que é preciso esclarecer duas questões: 1) não se deve falar em desistência do direito e sim desistência da pretensão, porque o primeiro caso constitui um momento processual posterior, vinculado ao conteúdo da sentença; 2) não se deve confundir desistência da pretensão com desistência do processo, porque no segundo caso não há a extinção da pretensão, sendo possível um novo processo para resolver o conflito.

Petrônio Calmon³⁷¹ informa que para não haver confusão de nomenclatura, deve-se utilizar desistência quando se referir ao processo em curso. Isso porque quando se fala em renúncia, se fala em renúncia ao direito material objeto da pretensão e não ao processo, caso esteja em curso.

No caso de renúncia, o processo é extinto com resolução do mérito. No segundo caso, ou seja, desistência, a sentença que põe fim ao processo é terminativa, já que o autor poderá ingressar com novo processo para discutir o mesmo objeto.

Desse modo, pode-se afirmar que a renúncia é um dos possíveis resultados da autocomposição, “ocorrendo quando o titular da pretensão dela abre mão totalmente, em uma

³⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.105-106. O autor ainda acrescenta que não se deve confundir a conciliação e a mediação com as três figuras de autocomposição. As primeiras são meios para ajustar a vontade das partes e as figuras são as formas de autocomposição, ou os resultados.

³⁷⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.83

³⁷¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.63

atitude que se pode considerar altruísta, sem qualquer tipo de contrapartida dos demais envolvidos no conflito”³⁷².

O ato de renúncia é um ato unilateral do autor e não requer aquiescência do demandado, mas este tem o direito de impugnar os vícios que afetem a sua validade. Há na renúncia um abandono da pretensão, sem qualquer exigência para a parte contrária.

Importante salientar que por ser uma manifestação da autonomia privada, essa modalidade de autocomposição, assim como as demais, tem o seu principal campo de ação nos litígios civis³⁷³.

3.3.4.2 Submissão

Outra modalidade de autocomposição é a submissão, considerada o reverso da renúncia. Define-se a submissão como o reconhecimento da parte demandada a uma pretensão litigiosa contra ela dirigida³⁷⁴.

Na lição de Petrônio Calmon, a submissão é, pois, um dos resultados possíveis na autocomposição, ocorrendo quando uma parte abre mão totalmente da sua resistência à pretensão de outrem, pondo fim ao conflito.

Importante salientar que a submissão não pode ser confundida com confissão.

Isso porque o reconhecimento feito pela confissão, segundo Humberto Theodoro Júnior,

não se refere diretamente ao direito do adversário, mas a um *fato*, cujas conseqüências, entretanto, repercutirão em favor deste e, obviamente, em detrimento daquele que o reconhece[...]. Assim, a confissão é irrevogável e funciona como prova plena do fato confessado³⁷⁵.

Trata-se, pois, a confissão de uma declaração de conhecimento, com a qual a parte afirma a ocorrência de fatos contrários ao seu interesse.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Nada impede que a renúncia seja utilizada em matéria penal. Niceto Alcalá-Zamora Y Castilo apresenta os casos de delitos privados, em que necessária a manifestação do ofendido. (*Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991).

³⁷⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.64.

³⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003., Vol.III, tomo II, p.416-417. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes : “[...] a confissão traduz-se em uma simples declaração da ciência dos fatos probandos, que constitui prova plena, se verificada no curso do processo judicial” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.I, p.442).

Nesse sentido, dispõe o artigo 348 do CPC: “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário[...]”³⁷⁶.

A confissão, por se tratar de declaração de conhecimento dos fatos, com a qual a parte reafirma a ocorrência de fatos afirmados pelo adversário ou nega fatos afirmados antes por ela própria, não tem natureza de meio de prova. No dizer de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.624, vol.III), “a declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, em que se resolve a confissão, pode ser objeto de meio de prova, mas meio de prova ela não é”³⁷⁷.

A confissão apenas tem o condão de tornar incontroverso o fato confessado, sem vincular o espírito do julgador.

Quem confessa concorre somente para *incontroversia* relativa ao fato confessado, sem vincular o juiz porque este dará à confissão o valor que ela puder ter no contexto dos fatos e elementos de prova existentes nos autos (livre convencimento, art. 131). Não há *prova plena*, no processo civil brasileiro. Ainda quando convencido da veracidade da confissão, continua o juiz inteiramente livre para apreciação dos demais fatos pertinentes à causa e para a interpretação dos textos legais em busca da norma a impor. A confissão incide sobre os fatos e não sobre direitos subjetivos ou obrigações (DINAMARCO, p.624, vol. III).

Nesse diapasão, a confissão não é um negócio jurídico, uma vez que não cria direitos e obrigações para partes³⁷⁸.

Eis a defesa:

Confissão é, pois, o reconhecimento que alguém faz da verdade de um fato.

³⁷⁶ O Código Civil Italiano (ITÁLIA. *I nuovi Codice Civile e Codice di Procedura Civile e le leggi complementari*. 5. ed. Piacenza: Casa Editrice la tribuna, 1996, p.510), no seu artigo 2730, também dispõe no mesmo sentido: “*La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli all’altra parte.* (Confissão é a declaração que uma parte faz da verdade dos fatos desfavoráveis a si e favoráveis à outra parte).

³⁷⁷ Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos revela: “Negar à confissão natureza probatória, apenas porque por ela fica a parte dispensada do ônus da prova, à evidência é mostrar desconhecer questões que não se confundem: a referente as quais sejam os meios de prova e a relativa ao ônus da prova. O problema do ônus da prova não repudia a confissão como prova. Se provar cabe a quem têm interesse em demonstrar a verdade dos fatos alegados, nem por isso deixará de haver prova quando exatamente quem podia permanecer inativo se propõe a produzi-la. Por isso mesmo escreve Coviello que a confissão difere dos demais meios de prova apenas porque é fornecida por quem,, em regra, não tem interesse de provar, isto é, por quem poderia permanecer passivamente no tocante à instrução do processo. Mas – acentua – “meio de prova é qualquer meio idôneo para formar a convicção do juiz, seja fornecido por quem for” (SANTOS. Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [196-?], v.II, p.39).

³⁷⁸ “Declarações de conhecimento são manifestações do espírito de uma pessoa, destinadas a externar informações sobre o que ela sabe e não a criar ou extinguir vínculos para ela própria ou para outrem. Distinguem-se das declarações de vontade, mediante as quais o sujeito manifesta a sua intenção de criar novas situações jurídicas. O negócio jurídico é uma declaração da vontade de auto-regular os interesses do declarante.; a confissão é a declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis ao confitente. É muito sugestiva a distinção entre o fazer fazer e o saber fazer, como resultados dessas duas espécies de declaração (far fare e far sapere: Francesco Carnelutti). A vontade relevante na confissão é somente a de prestá-la, não a de criar ou alterar situações jurídicas (Libman)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4.ed. rev. e atual. 2004, v. III, p.624).

O objeto da confissão deve ser um fato jurídico. Toda confissão, diz Ricci, deve ter em vista um fato jurídico, caso contrário resolver-se-ia numa afirmação puramente acadêmica, incapaz de produzir efeitos jurídicos. Isto porque, por um lado, só os fatos estão sujeitos a prova, salvo o direito singular ou estrangeiro. Por outro lado, se pudesse a confissão referir-se ao direito, isto é, se o direito fosse suscetível de confissão, desapareceria a função do juiz, de intérprete e aplicador da lei, função que lhe é própria e exclusiva.

De resto, não se trata de um fato qualquer. Do reconhecer a verdade dos fatos alheios à controvérsia nenhuma consequência advém á demanda. Por sua vez, como os fatos incontrovertidos e os notórios independem de prova, a eles não se refere a confissão. Donde concluir-se que a confissão deve ter por objeto fatos controvertidos, isto é, de cuja prova dependa a afirmação judicial³⁷⁹.

Nesse sentido é que a confissão se distancia da submissão. De fato, as formas autocompositivas são negócios jurídicos em que prevalece a autonomia das partes.

Na submissão há o reconhecimento do direito sobre o qual se funda a pretensão, enquanto na confissão há um reconhecimento de fatos. A submissão pode ser considerada uma medida altruísta, na medida em que não há contrapartida dos demais envolvidos e visa por fim ao litígio.

Assim como nas demais modalidades, a submissão prescinde da concordância da parte contrária e pode ocorrer fora do processo judicial ou em seu curso.

Quando ocorre fora do processo, o litigante altera a sua posição na disputa, submetendo-se à outra parte e pondo fim ao conflito. No curso do processo, a submissão de uma parte em relação à outra resolve a lide definitivamente, com julgamento do mérito e o direito objeto do litígio não é mais passível de discussão.

3.3.4.3 Transação

Por fim, como último resultado possível na autocomposição tem-se a transação.

A transação é a realização de acordo mediante concessões recíprocas. Essa modalidade é regulada no Código Civil, no capítulo XIX, título IV – das várias espécies de contrato. Eis o que dispõe o art. 840 do referido diploma legal: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

³⁷⁹ SANTOS. Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [196-?], v.II, p.13-14.

De todas as figuras autocompositivas, segundo Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³⁸⁰, a transação é a mais discutida na doutrina, assim como a legítima defesa e o estado de necessidade na autotutela.

Francesco Carnelutti³⁸¹ defende que, por meio da transação, a composição se obtém através de uma linha intermediária entre a pretensão e a oposição.

Na lição de Carlos Alberto Dabus Maluf³⁸², na linguagem comum, a transação refere-se a negócio e transigir quer dizer negociar, manter relações de comércio³⁸³.

Em sentido técnico, entretanto, a transação constitui “ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”³⁸⁴.

Para Sílvio Rodrigues, a transação é um negócio jurídico bilateral “através do qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda de em troca de vantagens pecuniárias”³⁸⁵.

Há quatro elementos constitutivos fundamentais na transação, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a saber:

- a) o acordo entre as partes: a transação é negócio jurídico bilateral, em que a convergência de vontades é essencial para impor sua força obrigatória [...]
- b) a existência de relações controvertidas: haver dúvida razoável sobre a relação jurídica que envolve as partes é fundamental para se falar em transação [...] ³⁸⁶
- c) ‘animus’ de extinguir as dúvidas, prevenindo ou terminando o litígio: por meio da transação, cada uma das partes abre mão de uma parcela de seus direitos, justamente para evitar ou extinguir o litígio [...]
- d) concessões recíprocas: como a relação jurídica é controversa, não se sabendo, de forma absoluta, de quem é a razão, as partes, para evitar maiores discussões,

³⁸⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.91.

³⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.159.

³⁸² MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999, p.1.

³⁸³ Para o autor, “o substantivo *transactio* aparece pela primeira vez na história da literatura jurídica romana nos autores da época dos Antoninos: Pompônio e Cerv. Scevola. Em um texto muito significativo deste último jurista [...] a transação vem qualificada explicitamente como um contrato: ao final do seu aparecimento, o espaço semântico do novo vocábulo restou definido de uma noção de contrato” (MALUF, op. cit., p.6)

³⁸⁴ MALUF, op. cit., p.1.

³⁸⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.234.

³⁸⁶ Petrônio Calmon afirma que se uma das partes possuir a certeza de que a demanda posta em juízo lhe traria somente vantagens, não realizaria a transação. A dúvida, nesse ponto, é fundamental, indispensável para que as partes possam transigir. Para o autor, porém, a dúvida não reside somente sobre o resultado material do processo (certeza da sua pretensão), mas sobre os demais fatores, tais como tempo desejável, custo, dentre outros, que somente o litigante é capaz de decidir. Ainda a dúvida, elemento impulsionador da transação, é objetiva, decorrente da lide. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.69).

cedem mutuamente. Se tal não ocorrer, inexistirá transação, mas, sim, renúncia, desistência ou doação³⁸⁷.

A principal característica, segundo o Sílvio Rodrigues,³⁸⁸ é que a transação se dá por meio de concessões mútuas, vale dizer, as partes decidem abrir mão de algumas vantagens de forma recíproca.

Esse também é o entendimento de Petrônio Calmon, ao afirmar que a diferença da transação em relação às demais modalidades é a existência de concessões recíprocas. A transação, no seu entender, é um acordo especial, celebrado mediante concretas concessões das partes. Trata-se, pois, “de renúncia parcial ao direito material pretendido e da submissão parcial à pretensão restante”³⁸⁹.

Se não houver concessões recíprocas concretas, passíveis de cumprimento, não há que se falar em transação.

Importante salientar que as concessões recíprocas não implicam em modificação das situações jurídicas antes existentes, mas da pretensão e da resistência. Daí porque não há que se falar em transação sem que as partes abram mão reciprocamente da pretensão e da resistência.

Outrossim, muito se discute sobre a natureza jurídica da transação, sobretudo no sistema codificado de 1916.

Para Sílvio Rodrigues, “a quase-totalidade dos códigos e escritores encara a transação como um contrato, sendo poucos os que se opõem a tal ponto de vista”³⁹⁰.

Essa discussão foi superada com o Código Civil de 2002, que incluiu a transação no rol de contratos.

Eis a defesa de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em nossa opinião, a polêmica está superada com o novo Código Civil que, reconhecendo a natureza contratual da transação, retira-a do elenco de meios indiretos de pagamento para incluí-la no título dedicado às ‘várias espécies de contrato’.

A obrigatoriedade da transação nasce justamente do acordo de vontade cujos sujeitos têm o objetivo de extinguir relações obrigacionais controversas anteriores³⁹¹.

³⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: obrigações*. 7.ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.201-202.

³⁸⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

³⁸⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.68

³⁹⁰ RODRIGUES, op. cit., p.234.

A transação pode ocorrer, assim como as demais espécies de autocomposição, judicialmente ou extrajudicialmente.

Na judicial, é imprescindível que a transação seja homologada pelo juiz para que surta os efeitos jurídicos.

O art. 269 do Código de Processo Civil traz a transação judicial como uma das modalidades de extinção do processo com resolução do mérito. Nesse caso, o ato do juiz não contém um teor decisório, mas há decisão nessa modalidade³⁹², na medida em que se pauta na vontade dos indivíduos, competindo ao juiz analisar todos os requisitos do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, forma prescrita e não defesa em lei), além de verificar se a vontade das partes está livre de qualquer vício que comprometa a sua validade.

Muito bem conclui Petrônio Calmon, ao afirmar que a atividade do juiz é jurisdicional, ou seja, “o juiz exerce o seu mister tendo em vista os escopos do processo, que de muito ultrapassam a mera aplicação da lei ao caso concreto, ampliando-se em uma ótica social e política. Assim como ao julgar deve atender aos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, ao homologar o acordo, deles não deve se afastar”³⁹³

No segundo caso, a transação far-se-á por escritura pública, quando previsto em lei, ou por qualquer outra forma escrita, se a lei não dispuser uma forma específica³⁹⁴.

Para Petrônio Calmon, a transação judicial põe fim ao processo mediante uma solução contratual, podendo afirmar, nesse ponto, que sentença e transação se equivalem. A transação

³⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: obrigações*. 7.ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.202. Nesse sentido, Petrônio Calmon afirma que: “o código civil em vigor alterou substancialmente o tratamento conferido à transação. Antes apenas um dos modos de extinção das obrigações, atualmente é tratada como uma espécie de contrato. Mediante o contrato de transação é possível estabelecer novas obrigações, ampliação ou redução da obrigação anterior, modificação da sua forma e valor ou qualquer outra que seja lícita e possível aos contratantes.

A mudança de postura do direito positivo brasileiro atende à maioria da doutrina e o põe ao lado da maioria dos modelos, que já adotam ou sempre adotaram a capitulação da transação como uma espécie de contrato e não como uma simples modalidade de extinção de obrigações” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.72).

³⁹² Nesse sentido manifesta-se Daniel Francisco Mitidiero (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t.II, p.558-559).

³⁹³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.75.

³⁹⁴ É a lição do “art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologados pelo juiz”.

extrajudicial, por seu turno, constitui título executivo extrajudicial, e se levada à juízo para homologação constitui título executivo judicial³⁹⁵.

A transação, como manifestação da autonomia privada, somente vincula aqueles que se manifestaram em relação ao negócio³⁹⁶, e se refere aos direitos patrimoniais de caráter privado ou aos direitos indisponíveis. Isso se deve ao fato de que, como visto na seção 3.3.1, a indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade. É possível, atualmente, principalmente após a modificação do art. 331 do Código de Processo Civil, a realização da transação em relação aos direitos indisponíveis³⁹⁷, não havendo que se falar em violação aos direitos fundamentais.

³⁹⁵ A lei 11.232/2005 acrescentou os acordos extrajudiciais homologados judicialmente no rol dos títulos executivos judiciais.

³⁹⁶ Essa é a lição do art. 844 do Código Civil, *in verbis*: “art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§1º. Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§2º. Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§3º. Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores”.

³⁹⁷ Nesse sentido, válida a lição de Cristiano Chaves de Farias: “sobreleva esclarecer, nesse passo, que muitos dos direitos cuja a natureza seja indisponível admitem, de algum modo, transação. [...] Mesmo nas causas em que a pessoa jurídica de direito público for parte poderá ocorrer transação, em face do permissivo constante da lei 9.496, de 1997, e da própria Lei Complementar 73, de 1993, que disciplinou a carreira da Advocacia-Geral da União ou os dirigentes máximos de autarquias, fundações ou empresas públicas federais a ‘realizarem acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de até R\$ 50.000,00’, nas demandas em que tais entes sejam réus, autores, assistentes ou oponentes. Não foi só. Permitiu, ainda, a transação mesmo nas causas que excedam tal importância, apenas exigindo a prévia autorização do Ministro do Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República (§1º do art.1º). [...]” (FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.) *A segunda etapa da reforma Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.359-360).

3 AUTOCOMPOSIÇÃO NO SISTEMA DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

3.1 LITIGIOSIDADE

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo³⁹⁸, o processo surge de uma situação extra e meta processual, para o qual é chamado a canalizar e resolver. Essa situação de conflito, originadora do processo, pode ser denominada de *litígio*.

Na lição do autor, a palavra litígio deve ser entendida em sentido mais amplo, ou seja, “*como conflicto jurídicamente transcendente y susceptible de solución, asimismo jurídica, mediante alguno de los tres expedientes [proceso, autocomposicion y autodefensa]*”³⁹⁹.

O litígio, portanto, nasce do conflito de interesses⁴⁰⁰. Isso porque “como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo intenção de desrespeitá-la, podem eclodir no seio da sociedade conflito de interesses”⁴⁰¹.

Nesse contexto, quando as partes conflitantes não acomodam espontaneamente os seus interesses, dá-se lugar à lide⁴⁰², isto é, ao conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida⁴⁰³.

³⁹⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

³⁹⁹ Ibidem, p.12.

⁴⁰⁰ Há conflitos de interesses, na lição de Moacyr Amaral Santos, quando duas pessoas, pelo menos, tem interesse pelo mesmo bem. “Existe quando à intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe a intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem [...] (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.4)

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

⁴⁰² Francesco Cernelutti argumenta que o conflito de interesses denomina-se lide. Entretanto, informa que essa terminologia ainda não está consolidada. “Certamente, antes que se propusesse seu uso, com um significado científico preciso, a palavra era usada com mais de um sentido, tanto para denotar conflito de interesses para cuja composição opera o processo, como para denotar o próprio processo”. Desse modo, para chegar à definição de lide, apresenta alguns conceitos, a saber: “a pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.

A resistência é a não adaptação a subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em contestação (não tenho que subordinar o meu interesse ao alheio) e lesão (não o subordino) da pretensão.

A lide, portanto, pode se definir como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é o seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.77-78)

⁴⁰³ Na lição de Petrônio Calmon, como o Estado e, consequentemente a existência de norma jurídica, não são suficientes para a pacificação social, duas situações ocorrentes nas relações sociais podem ocorrer: uma harmônica e a outra de conflito. Segundo o autor, “a harmonia é a regra, pois a sociedade caminha naturalmente

O conflito, portanto, “resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos”⁴⁰⁴.

Impende salientar que o simples conflito de interesse não tem relevância jurídica quando um dos envolvidos se conforma com a insatisfação. Se, porém, uma das partes toma uma atitude para obter o bem da vida objeto do conflito, está a exercer a pretensão. Exercida a pretensão, é possível que não se imponha obstáculo para a satisfação do interesse. Entretanto, se uma das partes envolvidas impõe obstáculo, está-se diante de uma resistência. Esse conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, atribui-se o *nome iuris* de lide⁴⁰⁵.

O escopo do Estado, através da jurisdição, é eliminar os conflitos e restaurar a paz social, compondo a lide segundo a ordem jurídica.

Ocorre, entretanto, que nem sempre o Estado interviu, de forma ativa, na solução do conflito de interesses.

Nos primórdios da formação da civilização, não existia uma organização capaz de ditar normas jurídicas e de fazer observá-las. O indivíduo que tinha um interesse e queria vê-lo realizado, fazia, “através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada ‘justiça do mais forte sobre o mais fraco’”⁴⁰⁶.

O Direito, antes de ser monopólio do Estado, era manifestação das leis de Deus. Não havia a produção do Direito sob a forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana.

A realização das pretensões segundo a vontade dos próprios particulares, através da força e poder, dá-se o nome de autotutela.

Com a organização do Estado, proíbe-se a autotutela como forma legítima e ordinária de pacificação dos conflitos⁴⁰⁷.

e as pessoas em geral procuram portar-se com sensatez e bom senso, respeitando os direitos e atendendo às justas pretensões [...]. O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido”. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.21-22)

⁴⁰⁴ CALMON, op. cit., p.22

⁴⁰⁵ Ibidem, p.23

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

⁴⁰⁷ Giuseppe Chiovenda informa que quanto mais se reforça a organização política mais se restringe o campo da autotutela. Isso ocorre não em virtude de um contrato entre o poder público e o indivíduo, mas pela expansão natural da finalidade do Estado. Enquanto, de um lado, se regulam as relações entre os indivíduos por meio de

O Estado assume o monopólio da jurisdição, não sendo mais possível a realização das pretensões a partir do poder do particular interessado. Ao particular não cabe realizar o seu interesse mediante a força, mas o direito de recorrer à justiça em busca de uma solução para os interesses em conflito.

A existência de conflitos entre os membros da sociedade e a impossibilidade de autotutela, obrigam o Estado a manifestar o seu poder jurisdicional. A jurisdição, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, não é somente um meio de resolver os litígios, é, antes de tudo, uma manifestação estatal voltada à solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos cumpram o que foi imposto pelo Estado⁴⁰⁸.

No mesmo sentido manifesta-se André Ramos Tavares⁴⁰⁹, ao defender que a jurisdição é a atividade pela qual determinados órgãos pronunciam-se sobre a aplicação do direito em caráter cogente. É a atividade exercida pelo Poder Judiciário, que substitui a vontade das partes, solucionando o conflito de interesses surgido no seio social.

Ao Poder Judiciário, entendido como um conjunto de órgãos públicos ao qual foi deferida a função jurisdicional, cabe, sob a ótica da Constituição, exercer a jurisdição, que ocorrerá mediante o caso concreto, com o objetivo de resolver os conflitos, mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada e opera a substituição da vontade das partes por aquela constante na decisão⁴¹⁰.

Pelo positivismo jurídico⁴¹¹, o Poder Judiciário, através da jurisdição, se resume à aplicação da lei. No modelo do Estado Liberal, como visto na seção 2.1, a intervenção do poder público no conflito entre particulares era restrita, porque prevalecia a autonomia da vontade⁴¹².

normas de lei sempre numerosas e precisas, do outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v.1, p.57)

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.380.

⁴¹¹ Segundo Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, “a idéia do direito como decisão é, possivelmente, uma das mais importantes contribuições do positivismo jurídico para a compreensão do papel do Estado e do próprio Direito na sociedade moderna. A expansão da complexidade social, o aumento e a diferenciação quantitativa e qualitativa dos conflitos sociais levam ao Estado a necessidade da decisão jurídica, não mais como uma resposta direta e imediata às expectativas morais de resolução de conflitos, mas como um imperativo de mudança jurídica e social; uma imposição do caráter de variabilidade intrínseca que caracteriza as normas de direito no Estado moderno evidenciando sua positividade (RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.31)

⁴¹² Em contraposição ao positivismo tem-se o jusnaturalismo, que retira a validade da lei que contraria o princípio do direito natural. Há uma dicotomia entre a noção de segurança do positivismo e a do justo, do

A atividade do juiz, nessa concepção, era apenas aplicar a lei ao caso concreto, visando a busca da vontade do legislador. Não havia uma preocupação com o conteúdo da norma, bem como não havia que se falar em lacuna do ordenamento jurídico.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁴¹³, há duas teorias clássicas sobre a jurisdição.

A primeira delas, mergulhada no sistema de Chiovenda, entende a jurisdição como a função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Para Chiovenda, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”⁴¹⁴.

Somente o Estado tem o poder de confeccionar leis, isto é, produzir o direito, e aplicá-las ao caso concreto.

Segundo essa teoria, o juiz não cria a norma, ao revés, apenas aplica a norma no caso concreto⁴¹⁵.

A objeção que se faz à doutrina de Chiovenda é que o processualista italiano separava a função de legislar da função de aplicar a lei.

Eis a manifestação de Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Gomes sobre a teoria chioveniana:

Sua doutrina sustenta-se no postulado de que o ordenamento estatal seja, para o juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta completa e definitivamente pelo legislador, restando ao juiz a tarefa de pura aplicação da lei ao caso concreto. As modernas tendências da Filosofia do Direito contemporâneo, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, na medida em que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto esse que o julgador deve completar de modo a concretizá-lo, ou subsumi-lo no caso particular⁴¹⁶.

jusnaturalismo. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.19)

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribus, 2005, p.19.

⁴¹⁴ Ibidem, loc. cit.

⁴¹⁵ Giuseppe Chiovenda assim informa: “a vontade concreta da lei tende a realizar-se, em primeiro lugar, mediante a prestação a que uma pessoa é obrigada em relação a outra, de modo que, nesses casos, ao direito de uma parte corresponde a obrigação de outra. [...] Se alguém pretende um bem de vida aduzindo como fundamento uma vontade concreta da lei que, em realidade, não subsiste, forma-se, então, uma vontade concreta da lei em virtude da qual essa pretensão deve receber-se, declarar-se e tratar-se como destituída de fundamento, o que equivale a dizer que se forma uma vontade negativa da lei” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p.18-19).

⁴¹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.64.

Carnelutti, por sua vez, atribui à jurisdição a função de justa composição da lide, vale dizer, a lei por si só é insuficiente para compor a lide, sendo necessária a atividade do juiz para a criação de uma norma individual, particular para o caso concreto.

Na sua concepção, largamente difundida no ordenamento brasileiro, a jurisdição pressupõe um conflito de interesses. Sem haver lide, não há atividade jurisdicional e a jurisdição é criada e organizada “pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do direito público”⁴¹⁷.

Há, pois, a necessidade de haver uma pretensão, entendida como a exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio interesse de quem pretende⁴¹⁸.

Essas teorias, aplicadas à época do positivismo jurídico, perderam força com o Estado contemporâneo. Isso porque, “a idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens livres e iguais, dotados das mesmas necessidades”⁴¹⁹.

Nesse sentido, manifesta-se Paulo de Tarso Ramos Ribeiro:

A emergência do welfare state promove uma alteração significativa no próprio exercício da função jurisdicional. Anteriormente marcado, pelo menos formalmente, por alguns caracteres que acentuam a neutralidade política, por um lado, e a conseqüente tarefa de garantia de direitos individuais, de outro (espaço público versus espaço privado), o Judiciário vê emergir diante de si um novo cenário normativo desestabilizador do equilíbrio sistêmico anterior.

[...]

A alteração do perfil dos conflitos no Estado-providência, de um viés individual para um acento coletivo de massificação das demandas sociais, traz para o Judiciário uma situação inusitada e paradoxal: na medida em que a compreensão dos conflitos, sob a égide do direito liberal individualista, conduz a uma reiterada produção de decisões em descompasso com as expectativas sociais coletivas que se formam no processo de aplicação das leis pelo Judiciário – acentuando, gradativamente, a esclerose funcional de suas atividades – a necessidade de legalização dos novos conflitos pelos movimentos sociais, os leva a fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos. Fazem do Judiciário, nessa medida, o canal de acesso do sistema jurídico à captação e cognição desses novos conflitos [...]⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ibidem, p.67.

⁴¹⁸ O vício da teoria carnellutiana está em conceber a jurisdição apenas quando há um conflito de interesses, uma lide. O autor não explica os casos de jurisdição voluntária, em que não há um autêntico conflito de interesses.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.23

⁴²⁰ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max limonad, 2002, p.45-48

Enrico Tullio Liebman⁴²¹ adere a esse posicionamento, ao defender que a função do direito é ordenar a convivência entre os homens e, para tanto, a composição dos litígios não se dá com a simples aplicação da lei, mas com a individualização de normas de acordo com o caso concreto.

Isso porque o Estado contemporâneo é dotado de uma sociedade formada por pessoas e classes sociais e com aspirações diferentes e, portanto, a mera aplicação da lei não seria idônea para atingir a justa composição dos litígios⁴²².

Desse modo, a lei não é mais aplicada por si só ao caso concreto, dependendo da adequação aos direitos fundamentais.

A assunção do Estado constitucional, se ainda permite em falar do princípio da legalidade, exige que a ele se dê nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, agora ele tem o conteúdo substancial, pois requer a conformidade da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.

Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei, esquecendo-se que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais⁴²³.

O Direito somente pode ser considerado pelo juiz à luz da Constituição. É dever do magistrado aplicar a lei em conformidade com os princípios da justiça e dos direitos fundamentais.

Daí porque Luiz Guilherme Marinoni defende que qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei. Esta pode ser controlada pelo juiz de primeiro grau, incidentalmente, e atinge as partes no processo.

A conformação da lei no caso concreto, mediante a interpretação ou controle de constitucionalidade, faz com que o juiz crie a norma jurídica para fundamentar a sua decisão. O papel do juiz no sistema do neoconstitucionalismo é criar a norma jurídica “a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da

⁴²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, v.1, p.23.

⁴²² Na lição de Enrico Tullio Liebman, a norma jurídica é abstrata e estática, ao passo que a vida social está em contínuo movimento e apresenta ao juiz casos concretos sempre diferentes e sempre novos. O juiz deve tentar entender a norma em todo o seu significado, não apenas em conexão com o inteiro ordenamento e preenchendo as eventuais lacunas da lei, como repensando a própria norma no contexto de uma realidade social em contínua evolução e por isso carregada de novas exigências e novos valores. O que não quer dizer que ela possa atribuir à norma conteúdos conformes à sua preferência subjetiva e arbitrária: pelo contrário, ele deve-se esforçar para exprimir as exigências e os valores da sociedade de seu tempo. O fim último da sua atividade é a justiça e, com ela e por meio dela, a paz social”. (LIEBMAN, op. cit., p.24)

⁴²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.25

regra do balanceamento (ou da regra proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto”⁴²⁴.

Ou seja, ao declarar o direito, o Poder Judiciário deve, preliminarmente, defender a Constituição Federal, inclusive contra leis editadas em seu desrespeito. Além disso, deve adaptar quanto às leis o conteúdo de seus preceitos aos princípios e diretrizes constitucionais⁴²⁵.

Para tanto, a legitimidade da decisão jurisdicional dependerá do convencimento motivado do juiz. Não basta o juiz estar convencido, é preciso que demonstre as razões do seu convencimento.

Nesse sentido, Owen Fiss:

se é certo que o juiz deve compreender a lei na medida da Constituição, isso não quer dizer que lhe basta atribuir sentido aos seus valores (da Constituição). Para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da Constituição, deve atribuir sentido ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela concreta ao direito material⁴²⁶.

Cabe ao juiz, portanto, a criatividade judicial no sentido de criar normas jurídicas, aplicando ao caso concreto os princípios da justiça e direitos fundamentais, para que possa tutelar concretamente o direito material.

Ao juiz, nos dias atuais, não é dado o dever de atuar a vontade concreta da lei ou de criar a norma individual para o caso concreto, conforme defendiam as teorias de Chiovenda e Carnelutti, respectivamente.

A transformação da concepção do direito no Estado contemporâneo fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz, através da jurisdição, a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei conforme a Constituição. Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni cita as teorias dos direitos fundamentais, a técnica de interpretação de acordo com as novas técnicas de controle de constitucionalidade – “que conferem ao juiz uma função “produtiva”, e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade – e a própria possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto”⁴²⁷.

Essas teorias, portanto, fazem surgir um novo modelo de juiz, não mais mero aplicador do direito. Espera-se do juiz a atividade essencial de dar efetividade aos anseios da sociedade, de

⁴²⁴ Ibidem, p.53

⁴²⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

⁴²⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.22.

acordo com os princípios e as normas constitucionais, atendendo, assim, ao escopo da jurisdição, qual seja, resolver as lides e restaurar a paz social.

Nessa toada, defende Luiz Guilherme Marinoni:

[...] o juiz não é mais funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle de constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais⁴²⁸.

E continua:

se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais⁴²⁹.

Dirley da Cunha Júnior⁴³⁰ defende que o papel do juiz no Estado Contemporâneo tem fundamental importância, em especial diante das omissões do Poder Legislativo. Segundo ele, o papel do Poder Judiciário, no contexto da nova Constituição, assume caráter demasiadamente político. Vale dizer, nas ações de inconstitucionalidade por omissão o juiz torna-se um verdadeiro legislador ativo, criador de norma diante da omissão, pois ao juiz não é permitido o *non liquet* ou o desfrute de um direito constitucional.

A figura do juiz no Estado moderno foi modificada, de modo que o Poder Judiciário passa a assumir o papel de interventor e criador de soluções para a garantia dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais previstos constitucionalmente.

É preciso reformular a clássica divisão de Poderes do Estado liberal. O Judiciário está apto a atuar para que os direitos sociais sejam respeitados e efetivados.

Percebe-se que o papel do Poder Judiciário não é mais o de outrora. A atuação jurisdicional deve ocorrer para a defesa dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, inclusive quando haja omissão legislativa ou os direitos sociais estejam sendo violados por particulares ou pelo próprio Estado.

Nesse contexto, percebe-se que o conflito é inerente à condição humana e uma característica da sociedade, que vive em constante mudança.

⁴²⁸ Ibidem, p.93

⁴²⁹ Ibidem, p.99

⁴³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.332

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflito, mas este não é um mal em si mesmo, na medida em que constitui aspecto inevitável e recorrente da vida em sociedade. O mais importante não é aprender a evitá-lo, mas encontrar soluções que favoreçam a sua composição construtiva⁴³¹.

Não há dúvida, portanto, de que a jurisdição, hodiernamente, tem a função de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.

O litígio, porém, não somente será resolvido pelo Poder Judiciário. Há outras formas de composição de litígios, não realizadas somente pelo estado-juiz, as quais serão tratadas na próxima seção.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE COMPOSIÇÃO

Quando não há o cumprimento espontâneo da norma, surge o conflito. No almejo de uma solução adequada à restauração social, a jurisdição apresenta-se como um meio ordinário destinado a essa finalidade.

Todavia, a jurisdição não é, nem poderia ser, o único meio idôneo para a restauração da paz social. Há, nesse contexto, diversos meios possíveis de solução dos conflitos de interesses.

Francesco Carnelutti dá as outras formas de solução de conflitos, diferentes da jurisdição, o *nomen juris* de 'equivalentes jurisdicionais'.

Segundo o autor, a noção de equivalente processual ocorre em duas hipóteses: a) composição da lide pelas próprias partes; b) composição da lide por obra de um terceiro, diferente do ofício judicial.

Eis a lição do autor:

No primeiro caso pode-se falar de autocomposição da lide; já que não intervém o emprego daquele método que recebe o nome processo, a autocomposição e também a composição extraprocessual da lide. No segundo caso a colaboração das partes com um terceiro determina um método de trabalho que reclama o processo, mas a falta no terceiro da potestade judicial, conforme o ordenamento interno não permite que neste se contemple um processo verdadeiro e próprio [...]⁴³².

⁴³¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

⁴³² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.157

Petrônio Calmon⁴³³, utilizando o critério da responsabilidade pela solução, identifica três possibilidades de resolução dos conflitos, na tentativa de restaurar a paz social.

A primeira possibilidade dá-se pela imposição de um dos envolvidos na solução da lide. A essa solução atribui-se o nome de autotutela.

É possível, porém, que o conflito seja resolvido pacificamente pelos envolvidos, através da autocomposição.

Por fim, a solução do conflito pode se dar por obra de um terceiro imparcial, ou seja, pela forma heterocompositiva.

Para Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁴³⁴, quando há a produção do litígio, o conflito entre as esferas contrapostas de interesses pode ser resolvido: a) pelos próprios litigantes e, b) mediante decisão imperativa de um terceiro.

Nos casos de solução parcial, há duas perspectivas a serem atendidas: ou um dos litigantes consente o sacrifício diante do seu próprio interesse ou impõe o sacrifício ao interesse de outro litigante. Para a primeira hipótese, tem-se a autocomposição e, para a segunda, a autotutela (autodefesa)⁴³⁵.

Esclarece o autor que o sacrifício, consentido ou imposto, que a autocomposição e a autodefesa implicam pode ser tanto unilateral ou bilateral. O que permite, no entanto, diferenciar os institutos é a direção do impulso subjetivo que os determina, vale dizer, na autocomposição a solução parcial é altruísta, ao passo que na autodefesa a solução é egoísta⁴³⁶.

Já a solução imparcial de litígio é feita por um terceiro e, praticamente, se reduz a obtenção mediante o processo⁴³⁷.

Eis a sua lição: “*proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero que ello no quiere decir que se encuentren el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan*”⁴³⁸.

⁴³³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.14.

⁴³⁴ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.13.

⁴³⁵ Ibidem, p.13.

⁴³⁶ Ibidem, loc. cit.

⁴³⁷ Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, dentro do processo cabe a arbitragem e fora a mediação (CASTILLO, op. cit., p.13).

⁴³⁸ CASTILLO, op. cit.

3.2.1 Autotutela

A autotutela é a solução do conflito em que uma das partes envolvidas impõe o sacrifício do interesse da outra. “É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência”⁴³⁹.

O vocábulo autodefesa é formado pelo sufixo ‘auto’ mais a palavra ‘defesa’, ou seja, equivale à defesa por si próprio.

No entender de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo,

*La autodefensa, que combina con la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados merecedores de este nombre la prohiban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto*⁴⁴⁰.

Essa forma de solução de conflito é vedada, em regra, nos ordenamentos jurídicos, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os princípios constitucionais⁴⁴¹.

É tipificada, na lição de Fredie Didier Júnior, “como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado)”⁴⁴².

Somente em casos excepcionais, como legítima defesa, direito de greve, estado de necessidade, é que o litigante poderá utilizar a autotutela para proteção de seu interesse. No

⁴³⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.29.

⁴⁴⁰ CASTILLO, p. cit., p.13

⁴⁴¹ Para Giuseppe Chiovenda, é lícito qualquer ato praticado: a) pela necessidade de defender um direito próprio ou alheio contra o perigo atual de uma ofensa injusta, desde que a ofensa seja proporcional à ofensa (legítima defesa); b) pela necessidade de preservar a si ou a outrem de perigo atual de um dano grave à pessoa, do qual não se é causa voluntária e que não se pode de outro modo evitar, desde que o ato seja proporcional ao perigo (estado de necessidade). E salienta: “não se julgue, no entanto, que a defesa jurídica exercida pelo próprio particular se equipara à atividade que se exerce no processo: o resultado econômico pode ser idêntico, mas as duas coisas são muito diversas. A autodefesa é uma atividade meramente privada, movida de impulsos e intenções particulares e egoísticos, embora consentidos e moderados pelo Estado. No processo civil, ao revés, a defesa contra a injustiça assume-a o Estado como função sua, determinada por finalidades objetivas e gerais (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p.58).

⁴⁴² DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.69.

entanto, em qualquer caso, será passível de controle jurisdicional posterior para legitimar ou não a defesa privada⁴⁴³⁻⁴⁴⁴.

Isso se deve ao fato de que a o Estado não pode estar presente em todas as situações em que um direito esteja sendo violado, bem como pelo fato da condição humana não depositar confiança cega no altruísmo alheio, inspirador da autocomposição⁴⁴⁵.

Para Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, uma das zonas mais ricas de manifestação da autotutela está no direito do trabalho, devido ao antagonismo econômico e social dos patrões e trabalhadores.

Desse modo, para encontrar uma definição da autodefesa é preciso considerá-la um conceito negativo, ou por exclusão.

O conflito somente será restaurado pela autodefesa se não for enquadrado nas hipóteses de autocomposição e processo, como defende Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁴⁴⁶.

Assim, a autotutela caracteriza-se pelo fato de um dos sujeitos do conflito impor seu interesse a outrem diretamente, sem servir-se de uma ação dirigida pelo Estado através de um processo, ou mediante um sujeito imparcial. Nesse sentido, o que diferencia a autotutela das demais formas, sobretudo da autocomposição, é a ausência de um sujeito imparcial para resolver a lide e a imposição da decisão de uma das partes à outra.

Essa decisão será, em caráter geral, egoísta. Na realidade, segundo a lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a autotutela sempre existirá nas sociedades organizadas, porque é praticamente impossível que o Estado resolva sozinho todas as lides existentes, através do processo⁴⁴⁷.

3.2.2 Autocomposição

⁴⁴³ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴⁴ A expressão defesa privada utilizada por Fredie Didier Júnior é criticada por Niceto Castillo, já que a autodefesa pode ser utilizada por órgãos estatais (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.49)

⁴⁴⁵ CASTILLO, op. cit., p.37

⁴⁴⁶ Ibidem, p.47.

⁴⁴⁷ Ibidem, p.55.

A autocomposição, por sua vez, é uma forma de solução de litígio pelo consentimento espontâneo de um dos litigantes no sentido de mitigar interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse de outro.

Nas palavras de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, *“la autocomposición, parece a primera vista, si no la mejor de las tres, si una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo; pero con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente, y en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistência”*⁴⁴⁸

Essa forma de solução de conflito pode se dar por ato unilateral ou bilateral, total ou parcialmente, e deságua em três resultados, a saber: a) renúncia; b) submissão e, c) transação.

Como essas formas autocompositivas são objeto dessa pesquisa, serão melhor desenvolvidas na seção 3.3.

3.2.3 Heterocomposição

Tem-se como terceira forma de solução de conflito a heterocomposição.

As formas heterocompositivas podem ocorrer pela tutela jurisdicional (jurisdição estatal) ou pela arbitragem.

3.2.3.1 Arbitragem

A arbitragem, segundo José Maria Rossani Garcez, pode ser definida como um mecanismo de solução de conflitos de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, pela qual terceiro(s) - o(s)

⁴⁴⁸ Ibidem, p.13.

árbitro(s) – pode(m) decidir, definitivamente, pelas partes, os litígios submetidos à apreciação⁴⁴⁹.

Carlos Alberto Carmona informa que se trata de um mecanismo privado de solução dos litígios, “através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe a sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.⁴⁵⁰

Essa modalidade de solução de conflitos não tem a intervenção do Estado e, por isso, é considerada um meio extrajudicial de pacificação social.

Segundo Selma Lemes⁴⁵¹, a natureza jurídica da arbitragem é um tema controverso, possuindo três correntes sobre o assunto: a contratual, a jurisdicional e a híbrida. Pelo fato de nascer de uma convenção firmada pelas partes, defende-se a sua natureza contratual. Os que defendem a natureza jurisdicional⁴⁵², a exemplo de Elio Fazzalari, utilizam o argumento do resultado, ou seja, o conflito é dirimido por um terceiro imparcial⁴⁵³. Por fim, tem-se a natureza híbrida, defendida pela autora de maneira acertada, na medida em que a arbitragem é contratual na fonte e jurisdicional no objeto.

⁴⁴⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.67. Rodolfo Pamplona Filho defende que o conceito mais adequado de arbitragem é “processo de solução de conflitos através da atuação de um terceiro, indicado pelas partes, mediante autorização legal”. Isso se deve ao fato de que “a regra geral no nosso ordenamento jurídico positivo é a de “preponderância” (preferimos esta expressão ao consagrado termo “monopólio”) da atuação estatal na solução dos conflitos jurídicos, sendo, portanto, de extrema relevância que haja previsão legal que autorize essa convocação de um terceiro”. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em: 25 dez. 2008).

⁴⁵⁰ Na lição do autor, essa é a característica principal que a distancia da mediação e da conciliação. Isso porque ambas são meios autocompositivos de solução dos conflitos, e não há decisão a ser imposta às partes pelo mediador e conciliador. As partes, nesses casos, estarão limitadas à mera sugestão (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.52).

⁴⁵¹ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.60.

⁴⁵² Francesco Carnelutti argumenta que “a verdade é que aqui, por razões de conveniência e quando concorram tais requisitos que garantam sua justiça, usa-se para a composição um órgão extraprocessual, que pode ser ou um particular, sem potestade judicial (árbitro), ou um juiz conforme um ordenamento jurídico diferente (estranho; juiz estrangeiro ou eclesiástico), pelo que em tais casos não se pode excluir o processo, mas a não ser , que poderia chamar-se quase-processo, e precisamente se distingue em processo estrangeiro, processo eclesiástico e processo arbitral” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.157).

⁴⁵³ Eis a lição do autor: “as arbitragens são sequências de atividades por meio das quais se realiza uma espécie de justiça civil privada, isto é, a resolução de controvérsias por obra de um privado em vez de por um juiz. Por isso o seu exame é igual ao dos processos jurisdicionais.

Entre as arbitragens e os processos jurisdicionais há relação de alternatividade, os primeiros podendo ser subrogados pelos segundos.

As arbitragens são processos, porque deles participam os destinatários dos efeitos do laudo (a pronúncia em que cada uma das sequências termina) em pé de simétrica paridade: à qual corresponde a imparcialidade do árbitro”. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.565-567).

A arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral. Essa convenção pode ser dividida em duas modalidades: a) a cláusula compromissória e, b) o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é introduzida nos contratos para submeter qualquer conflito futuro a um árbitro ou tribunal arbitral. O compromisso arbitral, por sua vez, é um termo que detalha a arbitragem após surgido o conflito. “Trata-se de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável”⁴⁵⁴.

Embora prevista em legislações civis e comerciais, somente com o advento de Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 é que a arbitragem adquire força no ordenamento jurídico⁴⁵⁵.

De fato, com o advento dessa lei é que se passa a reconhecer a eficácia da cláusula compromissória, sendo desnecessária a homologação judicial da sentença arbitral (art.31 da Lei).

Além disso, a Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 alterou o Código de Processo Civil para incluir, dentre o rol dos títulos executivos judiciais, a sentença arbitral (art.475-N, IV).

Fredie Didier Júnior apresenta algumas características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art.2º, §§2º e 3º): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio; b) árbitro (art.13, Larb): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa física e ser capaz. Os árbitros têm o status de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais; c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art.31, Larb), que produz efeitos imediatamente; d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Larb; art. 475-N, IV CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem o poder para tomar nenhuma providência executiva; também não é possível a concessão de provimentos de urgência, que exigem atividade executiva para serem implementados (art.22, 4º, Larb); e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art.34 e segs., Larb)⁴⁵⁶.

Nota-se que a arbitragem pode servir de meio eficaz de solução extrajudicial de conflitos, já que prescinde do poder estatal, vale dizer, “o novo regime da arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido e colocado à disposição dos interessados para a solução de seus

⁴⁵⁴ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.71

⁴⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.124.

⁴⁵⁶ DIDIER JUNIOR, op. cit., loc. cit.

conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição [...]”⁴⁵⁷.

A natureza do conflito apresentada e a opção que as partes podem fazer, espontaneamente, é que norteiam os resultados mais ou menos vantajosos dessa modalidade.

Importante salientar que a arbitragem não é a solução para resolver o problema da lentidão e morosidade da justiça estatal. Pode ser considerada um remédio, que tem o papel de amenizar a atual crise do Poder Judiciário, que será analisada no próximo capítulo⁴⁵⁸.

Ocorre, entretanto, que apesar da nova roupagem dada ao ordenamento positivo com a Lei 9.307, a arbitragem no Brasil tem sido pouco utilizada.

São várias as questões de ordem cultural e econômica para a baixa efetividade desse meio de solução.

Sob o aspecto cultural, pode-se dizer que a tradição brasileira ainda não está totalmente aberta a essa nova modalidade. Há uma ausência de campanha, no sentido de informar e divulgar essa forma heterocompositiva de solução dos conflitos, o que leva a não elaboração de contratos constando essa cláusula⁴⁵⁹.

Há preconceitos em torno da utilização⁴⁶⁰, sobretudo porque somente em 1996 é editada uma lei para estabelecer modernidade e segurança na utilização desse instrumento, em que pese a

⁴⁵⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.102.

⁴⁵⁸ Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “os entusiastas extremados da arbitragem, que viam no instituto a panacéia para os males de que padece o Poder Judiciário, tiveram a oportunidade de diminuir seu ardor, acomodando-se às limitações que a realidade impõe. A esses exagerados parecia que a arbitragem seria capaz de, por si só, aliviar a sobrecarga de processos que hoje sufoca os órgãos do Poder Judiciário, o que levou até à redação de dispositivos como o art. 25 da Lei 7.244/84, depois substituído pelo art.24 da Lei 9.099/95, ambos objetivando criar as condições propícias para a expansão da utilização do juízo arbitral nos Juizados especiais. Como disse, a experiência acabou por revelar que, na maior parte dos Estados, as partes não se socorreram da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade levadas aos Juizados, sendo certo também que não houve, país afora, uma explosão de causas arbitrais que pudesse revelar uma preferência da população pela via arbitral em detrimento do poder estatal” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004).

⁴⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.127.

⁴⁶⁰ Carlos Alberto Carmona informa que um dos maiores preconceitos está na arbitragem em matéria trabalhista. Segundo o autor, é indissociável uma certa antipatia, sobretudo política, dos doutrinadores em relação à solução arbitral de conflitos especializados, apesar da larga utilização do instituto em outros países. Aponta que nos Estados Unidos, o instituto é largamente utilizado, e tem sua vantagem reconhecida por todos. Constata-se até mesmo que a arbitragem é o meio mais utilizado entre empregadores e empregados, graças à tradição norte-americana de intervenção subsidiária do governo nas questões trabalhistas. “Diferentemente do que ocorreu no Brasil, os norte-americanos não receberam direitos, conquistaram-nos, de tal sorte que os sindicatos restaram historicamente fortalecidos, o que decididamente não aconteceu em nosso país. Como resultado, nos Estados Unidos dão suporte ao empregado no momento em que se instaura uma disputa arbitral em face do empregador, equilibrando as forças litigantes; no Brasil isso não ocorre, gerando forte desconfiança em relação a qualquer

arbitragem ser conhecida desde a Constituição de 1824 e, mais tarde, ser prevista expressamente no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973⁴⁶¹.

Além disso, José Maria Rossani Garcez⁴⁶² traz outros argumentos para o impasse cultural na utilização da arbitragem. O primeiro deles seria o medo que alguns advogados desinformados têm em que a arbitragem subtraia o mercado de trabalho. O segundo seria a substituição do Poder Judiciário por uma justiça privada⁴⁶³.

Todos esses argumentos são equivocados. Isso porque a arbitragem depende em grande parte dos advogados para inserir nos contratos as cláusulas compromissórias, bem como acompanhar o processo arbitral. Além disso, não há uma substituição do poder estatal pelo poder privado.

A arbitragem se refere aos direitos disponíveis, por expressa determinação legal⁴⁶⁴, mas faz prevalecer a autonomia privada das partes. Como visto no capítulo anterior, os particulares têm o poder de regular os seus interesses, nos limites estabelecidos pelo ordenamento, sem que isso fira os princípios constitucionais.

Com efeito,

nada mais flexível do que, ao invés das normas rígidas do processo codificado pelo Estado as partes possam escolher normas procedimentais de uma determinada entidade, que regulará o processo arbitral, facultando às partes uma variedade de situações em que poderão optar por vários aspectos desse procedimento.

E, ainda, terem as partes a liberdade de levar a cabo a arbitragem em qualquer lugar de sua escolha. Além disso, as partes podem, ao invés de rígidas normas de direito, escolher entre si, contratualmente, para reger a arbitragem a equidade, os princípios gerais de direito, o conjunto difuso porém tendente à certa

forma de resolver os conflitos entre as partes economicamente desiguais fora do Poder Judiciário. Oxalá possam os sindicatos, patronais e dos empregados, acostumarem-se, nas convenções coletivas, a estabelecer uma forma de composição de conflitos através de órgão neutro” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.60-61).

⁴⁶¹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.69.

⁴⁶² Ibidem, p.70

⁴⁶³ Nesse ponto, insta salientar que a sociedade brasileira está acostumada à resolução de conflitos pelo Estado Juiz, não abrindo margem para que um terceiro imparcial, diferente do juiz, possa julgar a causa.

⁴⁶⁴ Na lição de Francesco Carnelutti, há limites para o processo arbitral. Em primeiro lugar, não pode ser empregado para a composição de qualquer lide e aí é que reside a sua natureza de sub-rogado processual. Os seus limites serão diferentes, no direito italiano, conforme o processo derive do compromisso ou de cláusula compromissória. “Em todo o caso se excluem da composição perante os árbitros as lides “que se referem a questões de estado e de separação pessoal entre cônjuges e as demais que não possam constituir objeto de transação (art.806); os limites da heterocomposição arbitral são, portanto, idênticos aos da autocomposição, e em particular da composição transacional. Existe também as lides que são subtraídas do processo por árbitros unicamente se este se deve fazer em virtude de cláusula compromissória; a ratio dessa proibição está no temor de que, quando a lide não é presente, as partes não estejam em condições de avaliar adequadamente a conveniência da arbitragem [...]”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.167).

homogeneidade estrutural das normas, princípios e jurisprudência arbitral internacional [...] ⁴⁶⁵.

Percebe-se que esse é um dos aspectos mais importantes da arbitragem: resguardar a autonomia privada das partes, na medida em que o Poder Judiciário deixa de impor coercitivamente a composição dos conflitos e as partes podem, espontaneamente, dirimir seus conflitos mediante suas escolhas ⁴⁶⁶.

No aspecto econômico, discute-se o custo da arbitragem, que ainda é incompatível com a renda da maior parte da população, já que são os litigantes que têm que arcar com os honorários dos árbitros.

Ocorre, entretanto, que esse argumento é bastante discutível. De fato, o custo-benefício do processo arbitral pode ser muito maior.

Isso porque a arbitragem é simples e objetiva, conferindo um julgamento rápido e seguro às partes. Essa rapidez leva a uma redução de custos além das expectativas das partes ⁴⁶⁷.

Joel Dias Figueira Júnior traz outros benefícios acerca da arbitragem, nos seguintes termos:

⁴⁶⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.73-74

⁴⁶⁶ Coaduna com esse entendimento Carlos Alberto Carmona, para o qual a lei de arbitragem “prestigiou em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei. Sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação [...] Em sede de arbitragem, porém, muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de lei para estabelecer a norma que regerá o caso concreto” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.34).

Também nesse sentido, Elio Fazzalari: “o processo arbitral é instaurado por dois ou mais sujeitos, os quais, em vez de se submeterem a sua controvérsia jurídica aos juizes do Estado, a deferem a um ou mais sujeitos privados, os “árbitros”, perante os quais se desenvolve o contraditório entre os litigantes. Enfim, o processo se conclui com uma disposição (o ‘laudo’) com que o árbitro impõe às partes uma definição substancial, mediante o prévio (re)conhecimento dos pressupostos da própria vontade.

Aliás, considerando que o ato de deferir a controvérsia à arbitragem em vez de ao juiz estatal (ou ‘togado’, como se queira) constitui manifestação da autonomia do privado (isto é, concedida ao privado pelas leis do Estado) na gestão do seu patrimônio, tal escolha deve ser feita nos limites daquela autonomia: assim como o sujeito não pode, por vontade de lei, dispor de direitos indisponíveis, da mesma forma ele não pode deferir ao árbitro a controvérsia que tenha por objeto um de tais direitos, os quais somente o Estado juiz pode conhecer” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p.574-575).

⁴⁶⁷ Uma das características da arbitragem é a celeridade. Eis a lição de Rodolfo Pamplona Filho: “a completa ausência de previsão expressa de possibilidade de interposição de recursos garante às partes, sem sombra de qualquer dúvida, uma redução da duração do litígio, pois um dos elementos mais irritantes na demanda judicial é justamente a ampla possibilidade de ajuizamento de medidas procrastinatórias, que apenas perpetuam o feito. [...] Todavia, da mesma forma, não podemos olvidar de que, segundo a atual Lei de Arbitragem, são as próprias partes que escolhem o procedimento a ser adotado, o que não exclui, portanto, a possibilidade de que as próprias partes pactuem alguma espécie de recurso (tão rápido quanto o procedimento inicial) para eventual revisão da decisão”. (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em: 25 dez. 2008, p.5).

[...] os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso e, via de regra, do mai alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento rápido e seguro, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública [...].

Em segundo lugar, a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida decorre de dois outros fatores, quais sejam, a irrecorribilidade das decisões arbitrais (interlocutórias ou sentença arbitral) e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do poder judiciário⁴⁶⁸.

A discricção e o sigilo dos atos e do julgamento são fatores importantes desse mecanismo extrajudicial. Por fim, pode-se dizer que a arbitragem é um mecanismo privilegiado para a composição amigável dos litígios ou para a convergência de esforços no sentido de alcançarem rapidamente a solução da lide, sem descuidar dos valores inerentes, quais sejam, a segurança e a justiça da decisão⁴⁶⁹.

De forma lenta e paulatina se percebe uma abertura do direito brasileiro, e da sociedade, para utilização desse mecanismo⁴⁷⁰. Os contratos de cunho societário e comerciais, de forma tímida, passaram a incorporar as cláusulas compromissórias e os advogados, percebendo os benefícios de uma solução diferenciada, começaram a cogitar a possibilidade para os contratos sob sua elaboração.

3.2.3.2 Jurisdição estatal

Além da arbitragem, tem-se como segunda forma heterocompositiva a tutela jurisdicional.

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a terceira solução imparcial por excelência é o processo, conhecido modernamente como um monopólio estatal.

Eis a lição do autor,

[...]el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solucion justa y pacífica al conflicto. Pero para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que esse tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre si enfrentadas, para que llegado el

⁴⁶⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.102-103

⁴⁶⁹ Ibidem, p.103

⁴⁷⁰ Carlos Alberto Carmona indica que o sucesso da arbitragem se deu, no Estado do Paraná, pelo especial empenho dos juízes encarregados da direção e implementação do sistema de arbitragem nos Juizados Especiais. Os juízes, informa o autor, não têm medido esforços para orientar a população acerca da vantagem de resolver conflitos através dos árbitros (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p.21).

*caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga*⁴⁷¹.

A sociedade atual, nesse contexto, tem imposto a atividade estatal da jurisdição como o meio ordinário de solução de conflitos, vale dizer, o “Estado moderno impõe a sua própria atuação como o único meio institucionalmente destinado a fazer valer a vontade concreta do direito objetivo, com vistas a por fim às controvérsias e promover a pacificação social”⁴⁷².

Petrônio Calmon afirma que a função do Estado denominada jurisdição tem o papel de compor o litígio através de duas ordens de atividades: a certificação e a satisfação⁴⁷³. Isso porque trata-se a jurisdição de atividade completa, é o meio ordinário de solução de conflitos, o único que se apresenta “contemporaneamente como capaz de solucionar todas as situações de conflito que normalmente surgem na sociedade, promovendo não só a certificação do direito quanto a satisfação do direito declarado”⁴⁷⁴.

Segundo Fredie Didier Júnior a função jurisdicional tem por característica marcante ser a função estatal que revela a última decisão⁴⁷⁵.

Eis a lição do referido autor:

Na verdade, a marca da jurisdição, [...]é ser ela a última decisão, a decisão definitiva. Quando o Poder Judiciário resolve a questão que lhe é submetida, cria uma norma jurídica concreta que não pode ser controlada por nenhum outro poder, nem mesmo o legislativo; o Poder Judiciário dá a última palavra sobre o conflito. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa definitividade, que recebe o nome de coisa julgada, esse situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo. Essa aptidão é, pensamos, a característica mais marcante da atividade jurisdicional⁴⁷⁶.

Nesse sentido também se manifesta Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷⁷. Para o referido autor, a existência de conflitos entre os membros da sociedade, e a impossibilidade de autotutela, obrigam o Estado a manifestar o seu poder jurisdicional. A jurisdição não é somente um meio

⁴⁷¹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991,p.13-14

⁴⁷² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37

⁴⁷³ Para o autor, a atividade de certificação pode se constituir em simples declaração sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, na constituição de uma nova relação ou um comando para que se realize determinada obrigação. Nesse último caso, será necessária uma segunda ordem de atividade jurisdicional, qual seja, a satisfação, em que o Estado juiz deverá praticar atos necessários à satisfação do direito certificado. (CALMON, op. cit., p.39).

⁴⁷⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37.

⁴⁷⁵ DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.61.

⁴⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.130.

de resolver os litígios, é, antes de tudo, uma manifestação estatal voltada à solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos cumpram o que foi imposto pelo Estado.

Para o autor,

De nada adiantaria a jurisdição se os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou caso a solução do juiz pudesse ser negada. De modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível. Isso não apenas para que a autoridade do Estado possa se firmar, mas também porque os cidadãos têm a necessidade de ver os seus conflitos solucionados de forma definitiva⁴⁷⁸.

A jurisdição se caracteriza, nessa ordem de idéias, por alguns princípios, que foram elevados à categoria de princípios constitucionais sob a cláusula geral do devido processo legal.

Insta salientar que o devido processo legal é uma garantia constitucional prevista no art. 5º LIV, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e que por ser um direito fundamental também é aplicado na relação entre particulares.

Segundo Paula Sarno Braga⁴⁷⁹, “a cláusula do *due process of law*, hodiernamente, por opção da própria doutrina e jurisprudência, é um conceito aberto. É instituto de teor inexato, vago, indefinido⁴⁸⁰”.

Há uma preferência em que seu significado seja moldado diante de situações específicas.

Nesse sentido Letícia de Campos Velho Martel:

O teor de abstração do devido processo legal genérico é, pois, largamente admitido, tanto pela Suprema Corte quanto por estudiosos estrangeiros e pátrios sobre o tema. No entanto, essa assunção não permite afirmar que o princípio não possua sentido algum ou que possa receber qualquer sentido. Abstração não é sinônimo de indeterminabilidade, tampouco ausência completa de conteúdo semântico. Significa apenas que o princípio não tem conteúdo preciso, fixo, inalterável, mas que é dotado de uma dose de flexibilidade e abertura que se amolda e que requer determinações diante de situações específicas. Um princípio tem um sentido geral, uma estrutura básica que permite a sua concretização e determinabilidade.

⁴⁷⁸ Ibidem, p.131

⁴⁷⁹ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.159

⁴⁸⁰ Jardim apud Maria Rosynete Oliveira Lima afirma que no processo penal “a cláusula do devido processo legal deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode-se restringir à consagração de um processo penal de partes, com um tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O ‘devido processo legal’ não pode ser resumido à consagração do princípio do juiz natural, à vedação das provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão somente consolidar. Agora, queremos mais do devido processo legal, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, mais fértil” (*Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999).

Primeiramente, para o entendimento de sua razão abstrata, há que se atentar para o fato da expressão devido processo legal não estar insculpida em um vácuo. Ela está inserta no texto constitucional [...] ⁴⁸¹.

O *due process* assume a qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, constituindo o sustentáculo dos direitos e garantias individuais e coletivas, “porque sua invocação e incidência encontra aptidão para proteger o cidadão e a pessoa de um modo geral contra danos ou riscos de danos, especialmente do próprio poder” ⁴⁸².

Esse postulado está consagrado na Constituição de 1988 ao dispor acerca do direito à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade, não podendo qualquer pessoa ser privada desses bens sem o devido processo, nos termos da lei e perante autoridade prévia e constitucionalmente investida no poder de julgar (art.5º, caput e inciso LIV).

Desse princípio decorrem inúmeros outros, tais como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório ⁴⁸³, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, à igualdade ⁴⁸⁴, à publicidade etc.

⁴⁸¹ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.306.

⁴⁸² OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal. *Revista de Processo*, a.27, n.106, abr./jun., 2002, p.297

⁴⁸³ Para a efetiva garantia do contraditório é necessário um procedimento adequado e eficaz, permitindo a manifestação das partes em todo o processo. O contraditório não pode ser entendido como mero diálogo entre as partes no processo, é mais do que isso: a existência do contraditório depende de procedimentos específicos, previamente determinados e com o objetivo de permitir a participação das partes em pé de igualdade. Nesse contexto, Fredie Didier Júnior informa que o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: a da participação e possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação reflete a faculdade concedida aos litigantes de intervir ativamente no processo, de participar e pronunciar-se para fins de formação do convencimento do magistrado.

Além dessa faceta primária do princípio em análise, há o elemento substancial da garantia do contraditório denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”, vale dizer, não basta que as partes manifestem-se no processo para que o contraditório esteja protegido, é necessária aos litigantes a permissão de intervir no processo de modo a poder influenciar no conteúdo da decisão do magistrado (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual*. Vol.I. Salvador: Juspodivm, 2007).

É inadmissível na atual configuração do processo que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie em visão fática ou jurídica que as partes não tenham se dado conta. O aplicador do direito tem o dever, pautado na garantia do contraditório, de dar conhecimento às partes “em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-se assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.237).

⁴⁸⁴ A Constituição de 1988 consagra no caput do art. 5º o princípio da isonomia, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade [...]”.

Esse princípio é a pedra de toque do estado Democrático de Direito, que determina a igualdade de todos perante a lei.

Nesse contexto, o princípio da isonomia é entendido sobre dois prismas, a saber: igualdade formal e igualdade material.

A igualdade formal pode ser definida como “a identidade de direitos e deveres estatuídos pelos ordenamentos às pessoas”. Já igualdade material leva em conta o caso concreto. (MENDES, Regina Lúcia Teixeira Mendes.

Cumpra ressaltar que o devido processo legal hoje deve ser entendido sobre um duplo enfoque: devido processo legal substancial e devido processo legal formal.

Pelo primeiro, devido processo legal substancial, entende-se que não pode o Estado, a despeito de observar a seqüência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. O conteúdo do devido processo legal material é um conteúdo de razoabilidade.⁴⁸⁵

Na lição de Fredie Didier Jr., “as decisões jurídicas não de ser devidas, não bastando a sua regularidade formal. É necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta”⁴⁸⁶.

O princípio do devido processo legal substantivo é aplicável a todos os tipos de processo e, a palavra processo deve ser entendida em sentido amplo, ou seja, aplicável aos processos jurisdicional, administrativo, legislativo e negocial.

Ainda na lição do referido autor, é da garantia do devido processo legal substantivo que surgem o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que ambos são tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.

Paula Sarno Braga arremata:

Na verdade, a idéia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: i) *substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; ii) *realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; iii) e enfim, *estritamente proporcionais*, ou seja,

Isonomia formal e isonomia material no processo: o pressuposto da cidadania brasileira. In: GRECO, Leonardo, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.244).

No processo civil contemporâneo, o princípio da isonomia deve ser guiado pela igualdade material, levando-se em conta a desigualdade das partes. Através do processo se busca dar um tratamento jurídico desigual às partes, na exata medida da desigualdade.

Willis Santiago Guerra Filho ratifica esse entendimento: “Bettermann aponta para a nova dimensão que assume o princípio da igualdade das partes, no contexto do processo social, o qual passa da igualdade formal de todos perante a lei para a igualdade material, com a busca de se estabelecer uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo da justiça do resultado dos processos. O que se busca é promover uma ‘igualdade de chances’, a qual se preserva, no processo, basicamente, observando a chamada ‘paridade de armas’ entre as partes, que estaria ameaçada, segundo Bettermann, ‘sempre que a parte supere, no essencial, à outra, em poderes e meios, no processo’”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, n.82, a.21, abr./jun.,1996, p.83).

De nada adiantaria que a Constituição assegurasse abstratamente o direito de ação, se não fosse garantido o acesso à tutela jurisdicional às partes de forma efetiva e adequada.

⁴⁸⁵ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

⁴⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2007, p.31

ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens⁴⁸⁷.

O princípio da proporcionalidade, sem dúvida, exerce papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, porque mais uma vez é preciso ponderação para sua vinculação nas relações privadas.

O princípio do devido processo legal formal é, por sua vez, basicamente o direito a ser processado e julgado de acordo com normas previamente estabelecidas. Essa garantia desdobra-se em outras tantas, a exemplo do acesso à justiça, juiz natural, tratamento paritário dos sujeitos processuais no processo, plenitude da defesa, publicidade dos atos e motivação das decisões, tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável⁴⁸⁸.

Vale dizer, segundo esse princípio, é necessário que os atos decisórios, normativos atendam a uma forma, exigindo-se um percurso pautado de formalidades legais, tendo em vista ordenar “o procedimento e diminuir ao máximo o risco de intromissões errôneas nos bens tutelados”⁴⁸⁹.

Fredie Didier Jr, em apertada síntese, conclui acerca do princípio devido processo legal, nos seus aspectos formal e substancial:

o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Trata-se de uma cláusula geral e, portanto, aberta, que a experiência histórica cuida de preencher. Nesse sentido, tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental.

Desse modo, percebe-se que a jurisdição, entendida, por muito tempo, como monopólio estatal, em caráter exclusivo, tem afastado, em diversas situações, as formas privadas de solução de conflitos. É preciso observar, porém, que hodiernamente não é mais possível falar em jurisdição como monopólio do Estado. Isso se deve ao fato de que a arbitragem é também uma atividade jurisdicional, com a diferenciação quanto ao elemento confiança⁴⁹⁰. Na jurisdição estatal o órgão não pode ser escolhido pelas partes e a sentença será imposta de forma coativa, ao passo que na arbitragem a escolha do terceiro imparcial é feita pelas partes.

⁴⁸⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007, p.170

⁴⁸⁸ DIDIER JR., op. cit., p.37

⁴⁸⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p.200

⁴⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2007, p.73.

Também é preciso levar em conta que o processo judicial custa caro, já que as soluções às lides no poder judiciário tornaram-se, ao longo dos tempos, cada vez mais morosas. Hodiernamente se discute a crise do Poder Judiciário, sob diversos aspectos⁴⁹¹.

Essa discussão, porém, será objeto do próximo capítulo, para que assim possa se responder ao seguintes questionamentos: há uma autorização do ordenamento jurídico para as formas autocompositivas, pautadas na autonomia privada das partes, sobretudo em virtude da crise do Poder Judiciário? As formas autocompositivas são efetivas para a justa composição das lides?

3.3 AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

A tutela jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário não é o único meio de se chegar à justa composição dos litígios, eliminando os conflitos e restaurando a paz social.

Desse modo, surgem as demais formas de solução de litígios, dentre elas a autocomposição extrajudicial, como meio legítimo e alternativo de solução dos conflitos instaurados na convivência em sociedade.

3.3.1 Definição

Nas palavras de Francesco Carnelutti, “uma composição da lide por obra das partes admite-se quando a tutela do interesse que constitui material da pretensão ou da resistência se remeta ao juízo dela”⁴⁹².

A autocomposição é um meio altruísta de solução de conflitos, já que a divergência de interesses é resolvida mediante o consenso das partes.

⁴⁹¹ Francesco Carnelutti defende que se deve reconhecer “dentro de certos limites, eficácia à autocomposição extraprocessual”. Na lição do autor, essa é uma aplicação da lei do mínimo esforço, “já que o processo custa tempo e dinheiro, tanto melhor se pode ser economizado sem deixar de obter o mesmo resultado. Pode ocorrer que o resultado não seja exatamente idêntico, o que por causa do ponto de vista da exatidão poderia induzir a preferir o conceito de sub-rogados ao de equivalentes do processo: a economia de tempo e dinheiro pode compensar-se com uma garantia menor da justiça da composição; isso concerne não só à autocomposição, como também à heterocomposição obtida, por exemplo, por meio do processo arbitral ou mediante o processo estrangeiro. No entanto, compensando-se o perigo em relação à justiça pelo menos com a vantagem em relação à economia, o resultado é aceitável; nos limites em que o seja, reconhece-se o equivalente” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.158).

⁴⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.158-159

Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, não se exige muito para entender o significado da palavra autocomposição. Esta envolve dos vocábulos: o prefixo auto e o substantivo composição, que equivale à solução dos litígios por parte dos litigantes, e se diferencia do processo, em que a decisão é dada por um juiz, terceiro imparcial⁴⁹³.

Petrônio Calmon⁴⁹⁴ define a autocomposição como a prevenção ou solução de litígio por decisão consensual das partes envolvidas no conflito.

Informa o autor que a autocomposição é um fenômeno natural e inerente à natureza humana. Isso se deve ao fato de que o indivíduo busca espontaneamente a harmonia social, mediante “salutar convivência humana, evitando os conflitos ou compondo os existentes. A solução amigável é sempre tentada, seja em decorrência desse aspecto da natureza humana, seja em virtude da frustração com a atividade estatal”⁴⁹⁵.

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo defende que a atitude altruísta da autocomposição pode provir do atacante, do atacado ou de ambos, quando há concessões mútuas, mais ou menos equilibradas⁴⁹⁶.

Nas duas primeiras hipóteses, a autocomposição é unilateral. Nesses casos, a autocomposição se manifesta pela renúncia, quando o atacante abre mão de sua pretensão, ou pela submissão, quando o atacado abre mão de sua resistência.

No último caso a autocomposição é bilateral. Essa autocomposição pela concessão mútua das partes se manifesta pela transação.

Nos três casos⁴⁹⁷, na lição de Francesco Carnelutti sobre o direito italiano, é preciso que os litigantes possam dispor do direito material em litígio:

que ocorram lides que não possam constituir objeto de transação, resulta explicitamente do art. 806; e não é objeto de dúvida, tampouco sob esse aspecto, a analogia entre a transação e outras fontes de autocomposição. Quais sejam essas lides o esclarece o art. 1.966 do Código Civil; precisamente porque a transação só se consente quando os ‘direitos que constituem objeto das lides não estejam subtraídos à disponibilidade das partes’ (art. 1.966, do Código Civil), ‘para transigir, as partes devem ter a capacidade de dispor dos direitos que constituem objeto da lide’ (art. 1.966, Código Civil)⁴⁹⁸.

⁴⁹³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.77

⁴⁹⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.53

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p.32

⁴⁹⁶ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

⁴⁹⁷ Essas três manifestações serão tratadas de forma mais detalhada na seção 3.3.4.

⁴⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.159

Para o referido autor, não se pode abrir mão dos bens que não se pode dispor, seja pela renúncia, submissão ou transação.

Petrônio Calmon⁴⁹⁹ coaduna com esse entendimento ao afirmar que “seria um contra-senso lógico, antes de ser jurídico” se o objeto da autocomposição fosse bens indisponíveis.

Isso se deve ao fato de que a autoregulamentação dos indivíduos está pautada nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, não é dado ao particular o poder de abrir mão de direitos indisponíveis, não patrimoniais⁵⁰⁰.

O Código Civil de 2002, seguindo a mesma linha do Código Civil de 1916 dispõe nesse sentido: “art. 841. Só quanto a direitos disponíveis de caráter privado se permite a transação”.

Essa regra, entretanto, que somente a transação sobre direitos disponíveis, encontra-se ultrapassada. Isso porque já se admite a transação de direitos indisponíveis.

Na lição de Daniel Mitidiero, não são poucos os direitos indisponíveis que admitem transação. Assim, por exemplo, “o direito a alimentos é indisponível, mas o seu quantum é passível de transação; é indisponível o direito/dever dos pais relativamente à guarda dos filhos, ou ao direito de visitá-los, mas a transação sobre o modo de exercício de visitas é admitida e conveniente”⁵⁰¹.

Tanto há diferença entre a indisponibilidade e intransigibilidade, que o legislador, através da Lei n. 10.444/2002, de maneira acertada, alterou a redação do art. 331 do Código de Processo Civil, ao determinar que a audiência preliminar deve ser marcada se os direitos puderem ser

⁴⁹⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.58

⁵⁰⁰ Petrônio Calmon informa que a dificuldade está em estabelecer os critérios definidores da indisponibilidade do bem, bem como qual a fonte do direito que pode realizar tal definição. Segundo o autor, ainda que o Código Civil contenha normas de caráter cogente e disposições sobre pessoa jurídica de direito público e seus bens, esse código se apresenta como um instrumento legislativo de caráter exclusivamente privado. Não tem o condão de interferir em outros ramos do direito (por exemplo, o direito penal e o direito processual), a não ser que houvesse disposição expressa nesse sentido. Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 disciplina exclusivamente o Direito Civil e as sociedades. Dentro desse limite, pode-se afirmar que a autocomposição (e não somente a transação) somente é possível quando tiver por objeto direito patrimonial de caráter privado. Mantém-se, portanto, o tradicional exemplo dos alimentos, bem de caráter privado, mas não patrimonial [...].

Quanto ao direito penal, evidentemente a pena, sobretudo a restritiva de direitos e a privativa de liberdade, são consideradas como bem indisponível, de natureza não patrimonial. Pela dicção da lei civil, o apontado autor de um ilícito penal não poderia transigir sobre sua liberdade, que é um bem não patrimonial. Todavia, além do Código Civil não ter aplicabilidade sobre direito penal, a Constituição Federal estabelece a possibilidade de ser realizada a transação penal, não limitando o seu objeto (CALMON, op. cit., p.58-59)

⁵⁰¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, t.III, p.462.

objeto de transação. Essa lei, portanto, “promoveu a troca da ‘infeliz expressão’ ‘direitos indisponíveis’ por outra tecnicamente mais correta: ‘direitos que admitam transação’”,⁵⁰².

Desse modo, não se pode aplicar de forma irrestrita o art. 841 do Código Civil, na medida em que é admissível transacionar em relação aos direitos indisponíveis⁵⁰³.

Vê-se, portanto, que para viabilizar a efetividade de um direito indisponível é possível a realização da transação.

Todavia, é de se ressaltar que, em todos os casos versando sobre direitos indisponíveis, a celebração da transação não deságua em renúncia, vale dizer, concessão recíproca não importa em abrir mão do direito material correspondente, tendo em vista a indisponibilidade do direito.

Outrossim, os limites objetivos da autocomposição serão estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, os limites da autocomposição podem ser equiparados aos limites da autonomia privada, tais como os direitos fundamentais, a boa-fé, a lei e a ordem pública.

Do mesmo modo, os sujeitos da autocomposição são os titulares dos direitos e obrigações sobre os quais versam os litígios. Somente podem compor o litígio, nessa modalidade, os que possuem capacidade jurídica.

O Estado, assim como o particular, também pode solucionar o conflito através da autocomposição, desde que autorizado por lei. Deriva esse regramento do princípio da

⁵⁰² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.477. O autor, em que pese defender que o legislador deu um passo adiante, defende que a expressão correta seria “direitos que admitem conciliação”. Isso se deve ao fato de que é possível que ocorra conciliação sem transação. “O que visou o legislador, com a criação da audiência preliminar, foi ensejar um momento processual propício ao fim do litígio por conciliação, não necessariamente por transação”. (DIDIER JUNIOR, op. cit., p.477).

⁵⁰³ Nesse sentido, Geisa de Assis Rodrigues defende que o direito é indisponível quando o titular não pode dele renunciar, nem realizar concessões que representem a redução de seu conteúdo. Os direitos transindividuais, por envolverem o direito de toda a coletividade, são considerados indisponíveis. Ainda que indisponíveis, esses direitos são passíveis de conciliação. É o que ocorre quando há a realização do termo de ajustamento de conduta, que nada mais é do que uma conciliação extrajudicial. Eis a defesa da autora: “seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar os litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação dispendiosa da máquina jurisdicional. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pencha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido. [...] Não seria, portanto, compatível com a lógica do acesso à justiça no Estado democrático de direito que os conflitos envolvendo direitos transindividuais, desde quando seja possível, não pudessem se beneficiar de todas as vantagens apresentadas pelo instituto da conciliação. Por isso que, antes mesmo de a lei autorizar o ajustamento de conduta extrajudicial, embora já houvesse previsão de acordos administrativos na esfera ambiental previstos pela lei 7661 de 16.5.88, já havia precedentes jurisprudenciais autorizando as conciliações nas ações civis públicas [...]”. (RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.53-54).

legalidade, estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, em que à Administração Pública somente cabe atuar nos limites impostos pela lei⁵⁰⁴.

Outra classificação da autocomposição está ligada à sua relação com o processo. Pela classificação de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, a autocomposição pode ser endoprocessual e extraprocessual.

A autocomposição endoprocessual, ou composição judicial, são realizadas no curso do processo e visam à sua extinção⁵⁰⁵.

Já a autocomposição extraprocessual se classifica segundo o momento em que é celebrada. É possível que a autocomposição seja pré-processual, intra-processual e pós-processual.

A primeira ocorre antes de se cogitar concretamente o processo. Na segunda, a autocomposição é realizada na iminência de se concretizar o processo, quando atos concretos para essa finalidade já foram realizados e, por fim, na terceira hipótese, a autocomposição é realizada fora do processo, paralelo ao desenvolvimento deste. Essa modalidade pode se converter em endoprocessual, tão logo seja levada ao processo para homologação judicial⁵⁰⁶

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵⁰⁷, ao analisar a autocomposição extraprocessual, defende que a modalidade pré-processual pode ser utilizada para se discutir, mais tarde, a sua eficácia em juízo (ou quando a existência e a validade podem ser utilizadas como exceção pela parte interessada). A intra-processual tem duas variantes, vale dizer, pode se produzir entre as partes somente ou mediante a intervenção da autoridade judicial. Já a autocomposição pós-processual se origina depois de recaída a sentença e afeta a execução do julgado.

3.3.2 Natureza jurídica

⁵⁰⁴ Eis a lição de Fredie Didier Júnior: “são inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo interesse de ente público, não sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por acordo de parcelamento firmado perante repartição pública, longe das mesas de audiência do Poder Judiciário. A lei, inclusive, prevê expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais. [...] A possibilidade de conciliação envolvendo entes estaduais e municipais dependerá de lei estadual ou municipal específica” (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.478-479).

⁵⁰⁵ É o que dispõe o art. 269 do Código de Processo Civil, que determina: “Haverá resolução de mérito: [...] III – quando as partes transigirem; [...] V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”. Note-se que nesses casos, resolve-se definitivamente a situação de direito material objeto do litígio, concedendo-lhe autoridade de coisa julgada.

⁵⁰⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.55

⁵⁰⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

Muito se discute sobre a natureza jurídica da autocomposição.

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵⁰⁸ caracteriza a autocomposição como uma dos meios de solução de conflitos, colocando-a ao lado da autodefesa e processo.

Petrônio Calmon defende que a autocomposição é um legítimo tipo de solução dos conflitos e não põe, necessariamente, fim ao processo, mas ao conflito de interesses. É uma forma de pacificação que precisa ser incentivada, na medida em que resguarda a autonomia privada dos interessados.

Pode dizer-se que a autocomposição é excludente da jurisdição e da autotutela. É considerada um negócio jurídico⁵⁰⁹ e, como tal, deve preencher todos os requisitos de existência, validade e eficácia. Segundo Petrônio Calmon⁵¹⁰, dentre os requisitos, destacam-se o objeto lícito, a forma prevista ou não defesa em lei e a capacidade dos agentes, evidenciando-se nesta a livre manifestação de vontade.

Como visto no capítulo anterior, são nos negócios jurídicos que principalmente se manifestam os atos de autonomia privada. Pode-se afirmar que a autocomposição nada mais é do que a manifestação da autonomia das partes, ou seja, o poder que os indivíduos têm de auto-regularem-se, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, como manifestação da vontade das partes, os indivíduos não encontram o poder ilimitado para manifestar-se pela renúncia, submissão ou transação.

Aos particulares não é dada a livre e absoluta manifestação da vontade.

Como negócios jurídicos que são, os limites são definidos pela lei, ordem pública, pela boa-fé. Em que pesem discussões em contrário, como visto no capítulo anterior, também os sujeitos encontram-se vinculados diretamente aos direitos e garantias fundamentais.

A cláusula geral da boa-fé assume papel inconteste nos negócios jurídicos na tentativa de evitar os abusos nas relações negociais e, conseqüentemente, na autocomposição dos litígios.

⁵⁰⁸ Ibidem.

⁵⁰⁹ Francesco Carnelutti também coaduna com esse entendimento ao dispor que a renúncia, submissão e transação somente ocorrem por meio de um ato que se classifica entre os negócios jurídicos. Não se opõe a essa definição que, enquanto o negócio jurídico é exercido de um direito subjetivo, se a pretensão é infundada não existe direito algum subjetivo que exercitar, objeção que vale também do ponto de vista da oposição; a única conseqüência que se deve tirar disso é que estes são negócios eventuais, no sentido de que existem e produzem seu efeito na eventualidade e na medida em que exista o direito a que se referem". (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.160).

⁵¹⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵¹¹ traz a importância da boa-fé nessa forma de solução de litígios. Isso porque, vista de fora, ou seja, vista pelas pessoas que desconhecem a interioridade do litígio, a autocomposição aparece como uma expressão altruísta, porque se traduz em atitude de renúncia ou reconhecimento a favor do adversário.

Por outro lado, vista de dentro, o atendimento ao estado de ânimo determinante, em concreto, de renúncia ou reconhecimento na autocomposição pode variar sobremaneira. O requisito espontaneidade nem sempre pode estar presente por completo. É possível que a autocomposição oculte ou dissimule com frequência os atos de autodefesa, sobretudo em virtude da desigual condição econômica dos litigantes, a influência de uma das partes ou de seu patrocinador, a desacertada condução do processo, dentro outros⁵¹².

O Código Civil preceitua essa importância, ao afirmar que: “art. 113: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé [...]”.

Nesse contexto, a autocomposição de litígios pode ser entendida como um meio idôneo, eficaz de solução de litígios, desde que feita dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento e atenda aos pressupostos de existência, validade e eficácia de todo e qualquer negócio jurídico.

Essa importância se dá, sobretudo, porque essa forma autocompositiva, pautada na vontade das partes, tem que ser verdadeira, manifestada sem qualquer pressão ou sentimento de poder de um em relação aos demais envolvidos, tendo em vista o interesse das partes em resolver o conflito de maneira possível⁵¹³.

3.3.3 Mecanismos

Como um dos meios de solução de conflitos, a autocomposição possui mecanismos para a sua obtenção, sendo considerada uma alternativa à justiça estatal.

⁵¹¹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.78

⁵¹² *Ibidem*, loc. cit.

⁵¹³ Nesse sentido Petrônio Calmon (*Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

Petrônio Calmon⁵¹⁴ defende que a prática da autocomposição não deve se limitar apenas à espontânea e natural atividade humana, sendo necessário constatar e sistematizar os mecanismos que visam à sua obtenção.

Dessa forma, ainda que não seja tarefa do Estado interferir diretamente, é preciso que proporcione facilidades para que os meios alternativos de solução de conflitos sejam largamente utilizados.

Nesse contexto, passa-se à análise dos mecanismos da autocomposição, como meios alternativos de solução de conflitos, que visam a renúncia, submissão ou transação pelas partes conflitantes.

Importante salientar que na literatura anglo-saxônica, esses meios alternativos são conhecidos como ADRS (*alternative dispute resolution*)⁵¹⁵ e, em português, conhecidos como MASCs – métodos alternativos de solução de conflitos.

Essa sigla representa, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova cultura na solução de conflitos, distanciada do clássico combate de litigantes no processo judicial. Essa forma é “mais centrada nas tentativas para negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, nem sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vista em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos”⁵¹⁶.

E o autor vai além, ao afirmar que

os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, espaço no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem a consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e resolução de controvérsias⁵¹⁷

Como nem sempre a autocomposição surge espontaneamente, são diversos mecanismos que visam à sua obtenção, dentre eles a negociação, a mediação e a conciliação⁵¹⁸. Cada um deles

⁵¹⁴ CALMON, op. cit., p.12

⁵¹⁵ Petrônio Calmon alerta que as algumas modalidades de ADR, praticadas, sobretudo, nos Estados Unidos, são espécies da arbitragem, não sendo mecanismos para a autocomposição, mas para a obtenção da heterocomposição (CALMON, op. cit., p.96).

⁵¹⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1.

⁵¹⁷ Ibidem, p.5

⁵¹⁸ Petrônio Calmon informa que além desses três mecanismos, outros termos são utilizados, em especial nos Estados Unidos, relacionando-os aos meios alternativos de solução de conflitos. Ele acredita, entretanto, que a observação mais apurada desses mecanismos leva a crer que não passa de técnicas incidentais de negociação e de mediação (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.92).

dispõe de métodos apropriados para se chegar à autocomposição de litígios, ou seja, para que as partes possam resolver os conflitos sem a imposição da decisão de um terceiro.

Passa-se à análise de cada um deles.

3.3.3.1 Negociação

Negociação é um diálogo entre as partes envolvidas no litígio com vistas a resolvê-lo de forma amistosa, sem a necessidade da participação de um terceiro para funcionar como facilitador da resolução do conflito.

Na lição de José de Albuquerque Rocha⁵¹⁹, a negociação é uma modalidade de autocomposição bilateral, porque depende da participação dos litigantes.

Essa, contudo, não parece ser a classificação mais adequada, já que é possível não somente a transação como resultado da negociação, mas também a renúncia ou a submissão⁵²⁰.

Dessa forma, na composição há um diálogo direto entre os envolvidos no conflito, sem a participação de um terceiro. Nesse mecanismo, é fundamental a conversa direta dos litigantes, com vistas à obtenção da autocomposição.

Eis a lição de Petrônio Calmon:

é uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito. Em decorrência da aproximação para demonstrar a pretensão, é natural que havendo resistência (constituindo-se, então, o conflito) se inicie imediatamente o diálogo (o que já caracteriza a negociação) com vistas à solução do conflito. Trata-se, então, de prática que pode ser impessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade⁵²¹.

José Maria Rossani Garcez⁵²² reconhece que qualquer método de negociação deve ser avaliado por três critérios objetivos: a) produção de acordo criterioso, se for possível chegar-

⁵¹⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, 31.

⁵²⁰ Essas figuras serão analisadas em seção própria, já que os mecanismos da autocomposição podem resultar no consenso das partes (transação), renúncia à pretensão ou submissão da parte contrária à vontade de outrem.

⁵²¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

⁵²² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

se a esse acordo; b) eficiência do acordo e, c) não danificação do relacionamento entre as partes ou, pelo menos, a melhora desse relacionamento.

Esse método de negociação deve, segundo o referido autor, ser desdobrado em quatro princípios, a saber:

- a) não negociar sobre as posições, vale dizer, ao negociarem acerca das posições as partes tendem a fechar nelas, tornando mais difícil a negociação e, conseqüentemente, o acordo;
- b) separar as pessoas dos problemas, ou seja, nas negociações é preciso se levar em conta que os litigantes são envolvidos por emoções, então, faz-se necessário que o conflito seja restaurado com base na confiança, respeito, para que a obtenção da autocomposição pela negociação seja mais fácil;
- c) fixar-se nos interesses e não nas posições, isto é, a negociação visa satisfazer os interesses em conflito, daí porque as partes não devem concentrar-se na posição assumida no ato da instauração do litígio e, por fim,
- d) imaginar opções para ganho mútuo. Nesse caso, as partes devem criar uma variedade de possibilidades antes de decidirem qual o resultado mais adequado e objetivo para o interesse em conflito⁵²³.

Percebe-se, portanto, que a característica fundamental da negociação é o diálogo das partes, sem a intervenção de um terceiro mediador ou facilitador da negociação.

A negociação tem em vista que as partes litigantes possam satisfazer seus recíprocos interesses, tendo como resultado a transação, ou seja, a resolução do conflito mediante concessões recíprocas.

É possível, porém, que como resultado da negociação não se consiga a solução dos interesses em conflito através de acordo, mas a renúncia da pretensão pelo pleiteante ou a submissão ao interesse de outrem.

Essa modalidade é fundamental e pode ser bastante eficiente, sobretudo nas relações continuadas, para que as partes possam manter a convivência harmoniosa, pacífica, sem a necessidade de romper vínculos relacionais pela intransigência de um dos litigantes.

⁵²³ Nesse sentido, Petrônio Calmon. (*Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.116-117).

3.3.3.2 Mediação

A mediação, na lição de Cândido Rangel Dinamarco⁵²⁴, é a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem analisadas pelos litigantes.

Esse mecanismo de obtenção da autocomposição requer a presença de um terceiro imparcial para atuar como mediador, facilitando ou incentivando o diálogo entre as partes e, conseqüentemente, as próprias partes possam chegar à solução de seus conflitos.

Eis a conceituação de Petrônio Calmon:

a mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado⁵²⁵.

Essa também é a lição de José Maria Rossani Garcez, para quem

quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge, em primeiro lugar, a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos.

Nela, um terceiro, imparcial, auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado⁵²⁶.

Nesse contexto, cumpre salientar que para que haja mediação as partes têm que negociar. Em regra, a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, que atuará como mediador, deve-se ao fato de que, na negociação, as partes não visualizam um resultado positivo ou, quando em uma disputa, o diálogo é muito difícil. Nesses casos, a figura do mediador é fundamental para permitir a negociação entre as partes, ou para impulsionar o diálogo entre elas.

Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵²⁷ defende que o mediador se limita a propor uma ou mais soluções às partes, e está abaixo delas como facilitador da relação. Essa figura se diferencia do negociador, que está entre as partes para dispor uma solução, visando a autocomposição.

⁵²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123.

⁵²⁵ CALMON, op. cit.

⁵²⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.35.

Além disso, o mediador diferencia-se do árbitro na medida em que seu auxílio, ou opinião, não é impositiva, ou seja, o papel do mediador é ser um facilitador, um interventor com autoridade para a manutenção do diálogo entre as partes, mas não tem o poder de impor resultados⁵²⁸.

Petrônio Calmon apresenta o que chama de ‘regra de ouro’ do mediador: não expressar sua opinião para as partes em litígio.

O mediador, antes de ser um mero assistente, é um modelador de idéias, que deve agir de forma rápida, confidencial, justa e produtiva, vale dizer, o mediador precisa apresentar soluções justas e rápidas para as partes, diminuindo o custo da mediação em relação ao processo judicial. Importante considerar que o mediador propõe soluções, mas jamais interfere nos termos do acordo, assim como se abstêm de tomar qualquer iniciativa de proposição.

Dos mecanismos autocompositivos, recomenda-se a mediação quando as partes têm uma relação continuada, pois o que se quer é terminar o conflito e não a relação entre os litigantes. “Na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução”⁵²⁹.

Válida é a lição de Petrônio Calmon:

considerando, ainda, os aspectos próprios da mediação, que diferenciam esses mecanismos dos demais, ressalta-se sua grande vantagem em proporcionar a solução do relacionamento e não somente do problema emergente. Em outras palavras, na mediação abre-se a possibilidade de resolução da lide sociológica e não somente daquela que seria a lide jurídica. Não resolve somente a pretensão resistida, fixada em posições objetivas, mas pode proporcionar uma compatibilização dos interesses, em um resultado ganha-ganha, salutar para os interessados e para a sociedade. Essa possibilidade somente é concreta porque atendido o pressuposto antes abordado, em que os envolvidos não são obrigados a fixar posições, formulando pedidos, nem se encontram diante do Estado-autoridade, nem tampouco recebem qualquer proposta objetiva de solução por parte de um conciliador. Na mediação, ao contrário, o terceiro imparcial apenas auxilia e facilita a negociação entre os envolvidos, jamais tomando qualquer iniciativa de objetivar uma solução⁵³⁰.

⁵²⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.76. Eis a sua lição: “[...] *el juzgador se encuentra supra partes y, por tanto, impone una solución, el conciliador, que formalmente se halla inter partes, aunque materialmente esté infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones*”.

⁵²⁸ A figura do mediador também se assemelha à figura do ouvidor na administração pública. O seu papel não é impor decisões, nem anular, revogar ou modificar os atos da administração pública, mas age formulando recomendações para permitir satisfação das reclamações dos interessados.

⁵²⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.122.

⁵³⁰ *Ibidem*, p.126.

A mediação envolve três etapas, imprescindíveis: a instalação, a negociação e o acordo. Na primeira etapa, há esclarecimento para as partes do que consiste a mediação, em especial se for a primeira vez que uma das partes esteja participando desse mecanismo, tendo em vista à obtenção da autocomposição. A segunda etapa refere-se às tratativas, ao diálogo facilitado pelo mediador para que, somente assim, chegue-se à última etapa, qual seja, o acordo entre as partes na tentativa de resolver a lide não só jurídica, mas de relacionamento. Nessa fase, acontece a determinação dos termos da autocomposição, fixando o objeto, o conteúdo e a forma de cumprimento, que deve ser feita por escrito, de forma clara e objetiva para as partes, evitando que novo conflito seja instaurado.

Nesse diapasão, a mediação ocupa um lugar privilegiado após a negociação⁵³¹, porque há um predomínio da vontade das partes, ou seja, a autonomia privada é resguardada, e o mediador assume o papel incontestado de facilitador na negociação, mas deixa às partes o papel de resolver seus próprios conflitos⁵³².

3.3.3.3 Conciliação

Como terceiro mecanismo de obtenção da autocomposição, tem-se a conciliação.

Eis a lição de Francesco Carnelutti:

em busca do benefício que a autocomposição da lide procura, evitando a perda de tempo e de dinheiro exigidos pela solução processual, é favorecida pela lei a atividade orientada para obtê-la e que tem o nome de conciliação.

Essa atividade pode ser privada e livre, ou pública e disciplinada pela lei. Essa última se distingue conforme a exerce antes do processo ou durante seu decurso⁵³³.

⁵³¹ Segundo Fredie Didier Júnior, “o ministério da justiça apresentou, em setembro de 2003, anteprojeto que regulamenta a mediação no direito brasileiro, resultado da harmonização de duas propostas legislativas: o Projeto de Lei n.94, de 2002, da autoria da Deputada Zulaiê Cobra, e o anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura. De acordo com esse projeto, haverá duas espécies de mediação: a) a prévia, que é opcional; b) incidental, cuja tentativa é obrigatória, e que terá lugar sempre que for distribuída a demanda, excepcionadas algumas hipóteses (mais ou menos o que se faz atualmente em litígios de família, inicialmente submetidos a uma câmara de conciliação)”. (DIDIER JUNIOR, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.70).

⁵³² Em sentido contrário, José de Albuquerque Rocha, para o qual na mediação o terceiro auxilia de forma intensa as partes conflitantes, oferecendo inclusive uma proposta de autocomposição. Essa, porém, não é a posição mais adequada, porque na mediação o terceiro imparcial não deve sugerir às partes uma solução para o caso concreto. Cabe a cada uma das partes, no exercício da sua autonomia, decidir qual a melhor forma de resolver a lide (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.31).

⁵³³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.161.

A conciliação, na lição de Cândido Rangel Dinamarco, “consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição. Pode se dar antes do processo e com vista a evitá-lo, qualificando-se nesse caso como conciliação extraprocessual; quando promovido no curso do processo é endoprocessual”⁵³⁴.

A conciliação é conceituada, por Petrônio Calmon, como “atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a se autocomporem, adotando, porém, metodologia que permite a apresentação por parte do conciliador [...]”⁵³⁵.

Esse mecanismo é bastante utilizado e discutido pela doutrina. As palavras mediação e conciliação são utilizadas, em diversas ocasiões, como sinônimas, mas será visto que não se tratam do mesmo instituto.

Em que pesem ambas as modalidades servirem-se de terceiro imparcial, na conciliação o conciliador (ou o juiz) tem o papel de incentivar e coordenar um acordo entre as partes, podendo sugerir às partes os termos do acordo.

Na mediação, por sua vez, o terceiro imparcial atua como facilitador, visando auxiliar o diálogo das partes, mas não pode sugerir os termos do acordo. Cabe aos litigantes decidir a melhor forma de solucionar o litígio, sem a opinião do terceiro.

Petrônio Calmon informa que há três critérios para diferenciar a mediação e a conciliação: finalidade, métodos e vínculos⁵³⁶.

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver o conflito, e não só a lide, entre os envolvidos. A conciliação, por sua vez, contenta-se apenas em resolver o litígio dos litigantes.

Quanto ao método, os institutos se distinguem porque na conciliação, o conciliador assume papel mais ativo, podendo apresentar sugestões para a obtenção da autocomposição, ou seja, pode sugerir às partes os termos do acordo. Diferentemente, na mediação, o mediador não pode interferir nos termos do acordo, nem ao menos apresentar sua opinião sobre o objeto do conflito. Seu papel consiste na facilitação do diálogo, para que as partes possam reciprocamente chegar a uma conclusão.

⁵³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123.

⁵³⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

⁵³⁶ *Ibidem*, p.111

Por fim, o critério vínculo avalia a ligação do mecanismo com alguma estrutura preexistente. A conciliação, por esse critério, é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por um juiz ou por alguém que exerça a função específica do conciliador. A mediação, por outro lado, é atividade privada e não faz parte da estrutura de qualquer poder público⁵³⁷.

Walter Ceneviva⁵³⁸ apresenta uma classificação das alternativas possíveis de conciliação, senão vejamos:

- d) Sob o ponto de vista da intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa, quando a iniciativa é das partes e o juiz recebe o acordo para homologação, ou obrigatória, quando o juiz tem o dever de propor⁵³⁹.
- e) Conciliação preventiva e constitutiva. A primeira ocorre antes de instaurada a lide, com renúncia à demanda. A segunda ocorre após instaurada a lide, pois é esse o efeito da sentença que a homologa.
- f) Conciliação judicial ou extrajudicial. Esta se desenvolve sem que haja processo judicial em curso e é denominada pré-processual quando posteriormente sobrevém o processo. Essa modalidade é uma alternativa ao modo de solução ordinário, porque tenta evitar que as lides sejam levadas ao Poder Judiciário.

Petrônio Calmon⁵⁴⁰ defende que a definição de conciliação extrajudicial ocorre quando não há processo em curso tratando do mesmo conflito e pelo fato de não estar sendo conduzida diretamente por um juiz.

⁵³⁷ José Maria Rossini Garcez informa que, no Brasil, a “expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juizes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente”. (GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.49).

⁵³⁸ CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.378.

⁵³⁹ Essa obrigatoriedade pode ser vista no ordenamento pátrio. Eis a lição dos arts. 447 e 448 do Código de Processo Civil: “art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação; Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando ao acordo, o juiz mandará tomá-lo à termo”. No direito processual do trabalho, a obrigatoriedade da conciliação pelo magistrado também pode ser verificada com a redação do art. 846 da CLT: “Art. 846. Aberta a audiência, o juiz propondá a conciliação”. Não se trata de mera liberalidade do juiz. Este tem o dever de propor a conciliação.

⁵⁴⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.146. Segundo Carlos Alberto Carmona, a “vantagem da conciliação extraprocessual vem sendo sentida de há muito em outros países, onde se incentiva a criação de órgãos de conciliação pré-judiciais. No Japão, o ‘Comitê de Conciliação’ pode ser procurado pelos interessados antes da instauração do processo ou provocado pelo tribunal durante o curso do feito; nos Estados Unidos, alguns estados implementaram centros de conciliação para litígios

Por outro lado, a conciliação judicial ocorre quando é concomitante ao processo e desenvolvida em ambiente judicial. Na lição de Walter Ceneviva, a conciliação é judicial se depender da homologação em juízo.

Essa modalidade de conciliação pode ser feita pelo próprio juiz da causa, ou por um conciliador.

Tanto a conciliação extrajudicial quanto a conciliação judicial podem levar à renúncia da pretensão, submissão ou transação entre as partes⁵⁴¹.

Importante salientar que a conciliação não é novidade no direito brasileiro. O art. 161 da Constituição Imperial de 1824 impunha a obrigatoriedade da conciliação antes de qualquer processo. Essa disposição não foi seguida nas demais constituições⁵⁴².

O Regulamento n.737, de 25 de novembro de 1850 era taxativo: “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes...”⁵⁴³.

Com a Proclamação da República e a edição do Decreto n.359, de 26 de abril de 1890, aboliu-se a obrigatoriedade da conciliação prévia para o acesso ao Poder Judiciário⁵⁴⁴.

A conciliação voltou a encontrar amparo legislativo com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, que dispõe, no art. 764, que “os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho sempre serão sujeitos à conciliação”.

de pequena expressão econômica; na França implementou-se um órgão especial para harmonização dos conflitos de interesses resultantes da atividade profissional dos médicos” (CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. *Revista de Processo*, a.14, n.56, out./dez., 1989, p.94).

⁵⁴¹ Cumpre salientar que os termos ‘conciliação’ e ‘transação’ não são sinônimos. Isso porque a conciliação, em que pese buscar concessões mútuas entre as partes, não se restringe somente a este efeito. É possível que na fase conciliatória uma das partes queira realizar a autocomposição unilateral, vale dizer, é possível que uma das partes se submeta à pretensão da outra, ou que haja renúncia à pretensão. Essa é a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “a conciliação extraprocessual pode levar as partes à renúncia, à submissão ou à transação e, quando obtida algumas dessas soluções, ela é suscetível de ser homologada pelo juiz competente ou referendada pelo Ministério Público, em atos que têm a eficácia de título executivo (LJE, art. 57). Isso significa que, tratando-se de avença que dependa de cumprimento futuro e não sendo cumprida, o credor dispõe da via da execução forçada para obter a satisfação. [...]”

A conciliação endoprocessual pode conduzir à renúncia, à submissão (reconhecimento do pedido, satisfação imediata) ou à transação, assim como a desistência da ação (mera extinção do processo, mantendo-se o status quo ante como se demanda alguma houvesse sido proposta). A homologação pelo juiz põe fim ao processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I, p.123-124).

⁵⁴² CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.372.

⁵⁴³ LEMBO, Cláudio. Conciliação e as tradições jurídicas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.387.

⁵⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.110.

Essa regra também foi inserida no Código de Processo Civil de 1973.

A Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas (JEPEC), também previu a conciliação como forma de solucionar as lides levadas ao Juizado.

Influenciado pela já revogada lei dos Juizados de pequenas causas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 98, I, que a União e os Estados criarão juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade⁵⁴⁵.

Em 26 de setembro de 1995 entra em vigor a lei 9.099, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis (JEC) e Criminais (JECRIM), que valorizam especialmente a conciliação, com a nomeação de conciliadores para presidir audiências com essa finalidade⁵⁴⁶.

Pela Lei 9.958 de 2000 são criadas as Comissões de Conciliação Prévias na lides trabalhistas, como forma de incentivo à autocomposição extrajudicial. Por essa lei, desde que existente a comissão própria no âmbito territorial do litígio, somente é possível o acesso à Justiça do Trabalho após a tentativa extrajudicial e compulsória de conciliação perante as comissões⁵⁴⁷.

Dessa forma, no processo, a tentativa de conciliação é obrigatória, além de ser dever funcional do juiz.

Essa tentativa de conciliação judicial pode ocorrer em qualquer tempo do processo, mesmo em segundo grau, por iniciativa do relator⁵⁴⁸.

Há que se ressaltar que na conciliação extra e pré-processual pode não haver homologação judicial. Já na conciliação judicial, ainda que realizada pelas partes, é necessário haver um retorno para homologação do acordo ou, em não havendo o referido acordo, para prosseguimento do processo.

Na homologação, o juiz não analisa o mérito da causa, mas deve verificar se o acordo entre as partes não fere os sistemas legal e social vigentes, ou se as partes agiram de acordo com as suas vontades. Cabe ao julgador o papel de resguardar a autonomia privada, verificando se o acordo entre as partes ocorreu dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico.

⁵⁴⁵ Ibidem, p.111.

⁵⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

⁵⁴⁷ Ibidem, loc. cit.

⁵⁴⁸ Válida a transcrição do art. 125 do Código de Processo Civil: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Acredita-se que esse mecanismo de obtenção da autocomposição é fundamental para uma justa composição das lides. A conciliação deve ser almejada, sobretudo em busca de um acordo, de concessões mútuas entre as partes ou para restaurar a paz social, já que nem sempre a conciliação pode ter como efeito a transação, mas também a renúncia ou submissão⁵⁴⁹.

3.3.4 Manifestações da autocomposição

Segundo a classificação dos sujeitos do processo, a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral, a depender das partes atingidas.

Na autocomposição unilateral pode ocorrer a submissão e a renúncia e, na autocomposição bilateral pode ocorrer concessões mútuas, ou seja, as partes podem transacionar.

Fredie Didier Júnior⁵⁵⁰ acredita que a autocomposição é gênero, do qual são espécies a submissão, renúncia e transação.

Petrônio Calmon⁵⁵¹, por sua vez, informa que essas espécies são possíveis resultados gerados pela autocomposição, ou seja, são manifestações da autocomposição que podem ocorrer tanto endoprocessualmente como extraprocessualmente.

Fernando da Fonseca Gajardoni informa que a doutrina reconhece três formas de autocomposição de litígios, prevista no art. 269 do Código de Processo Civil: a renúncia ao direito, o reconhecimento jurídico e a transação. Todas elas, no seu entender, são “institutos metaprocessuais, ligados ao direito material (modalidade de extinção das obrigações), com

⁵⁴⁹ Válido o entendimento de Piero Calamandrei: “mas no ordenamento italiano, a conciliação, quer ser, pelo contrário, um complemento útil da legalidade, enquanto a obra do autorizado intermediário deve servir para eliminar entre as partes aqueles mal-entendidos e aqueles raciocínios que são, com freqüência, a única causa do litígio. E para estimular entre as partes o sentido da solidariedade humana, para induzi-las a encontrar por si mesmas uma justa solução dos conflitos antes de recorrer à obra do juiz, que deve se reservar só para os casos nos quais exista verdadeiramente entre as partes um desacordo impossível de resolver, com a recíproca compreensão e boa vontade. Aparece também aqui o conceito fundamental do sistema da legalidade, segundo o qual o Estado considera normal e desejável que os mesmos cidadãos saibam entender por si mesmos o direito que regula suas relações: A função conciliadora deve ajudar os particulares, não a prescindir do direito, senão a encontrar por si sós o próprio direito”. (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas; Bookseller, 1999, v.1, p.162).

⁵⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007.

⁵⁵¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.54-55.

reflexos, entretanto, diretos sobre a relação jurídica processual (extinção do processo, com julgamento do mérito)”⁵⁵².

Essas manifestações serão a seguir analisadas, sob a perspectiva da autocomposição extraprocessual, como mecanismo alternativo, mas eficaz de solução de litígios sem a participação, a princípio, do Poder Judiciário.

3.3.4.1 Renúncia

A renúncia é considerada como um ato unilateral do atacante. Na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵⁵³ esse ato é chamado desistência, em que há a renúncia da pretensão litigiosa deduzida pela parte atacante e, em caso de haver processo, a renúncia da pretensão é formulada pelo autor da demanda, ou pelo demandado, em sua reconvenção.

Sobre essa figura, o autor informa que é preciso esclarecer duas questões: 1) não se deve falar em desistência do direito e sim desistência da pretensão, porque o primeiro caso constitui um momento processual posterior, vinculado ao conteúdo da sentença; 2) não se deve confundir desistência da pretensão com desistência do processo, porque no segundo caso não há a extinção da pretensão, sendo possível um novo processo para resolver o conflito.

Petrônio Calmon⁵⁵⁴ informa que para não haver confusão de nomenclatura, deve-se utilizar desistência quando se referir ao processo em curso. Isso porque quando se fala em renúncia, se fala em renúncia ao direito material objeto da pretensão e não ao processo, caso esteja em curso.

No caso de renúncia, o processo é extinto com resolução do mérito. No segundo caso, ou seja, desistência, a sentença que põe fim ao processo é terminativa, já que o autor poderá ingressar com novo processo para discutir o mesmo objeto.

Desse modo, pode-se afirmar que a renúncia é um dos possíveis resultados da autocomposição, “ocorrendo quando o titular da pretensão dela abre mão totalmente, em uma

⁵⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p.105-106. O autor ainda acrescenta que não se deve confundir a conciliação e a mediação com as três figuras de autocomposição. As primeiras são meios para ajustar a vontade das partes e as figuras são as formas de autocomposição, ou os resultados.

⁵⁵³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.83

⁵⁵⁴ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.63

atitude que se pode considerar altruísta, sem qualquer tipo de contrapartida dos demais envolvidos no conflito”⁵⁵⁵.

O ato de renúncia é um ato unilateral do autor e não requer aquiescência do demandado, mas este tem o direito de impugnar os vícios que afetem a sua validade. Há na renúncia um abandono da pretensão, sem qualquer exigência para a parte contrária.

Importante salientar que por ser uma manifestação da autonomia privada, essa modalidade de autocomposição, assim como as demais, tem o seu principal campo de ação nos litígios civis⁵⁵⁶.

3.3.4.2 Submissão

Outra modalidade de autocomposição é a submissão, considerada o reverso da renúncia. Define-se a submissão como o reconhecimento da parte demandada a uma pretensão litigiosa contra ela dirigida⁵⁵⁷.

Na lição de Petrônio Calmon, a submissão é, pois, um dos resultados possíveis na autocomposição, ocorrendo quando uma parte abre mão totalmente da sua resistência à pretensão de outrem, pondo fim ao conflito.

Importante salientar que a submissão não pode ser confundida com confissão.

Isso porque o reconhecimento feito pela confissão, segundo Humberto Theodoro Júnior,

não se refere diretamente ao direito do adversário, mas a um *fato*, cujas conseqüências, entretanto, repercutirão em favor deste e, obviamente, em detrimento daquele que o reconhece[...]. Assim, a confissão é irrevogável e funciona como prova plena do fato confessado⁵⁵⁸.

Trata-se, pois, a confissão de uma declaração de conhecimento, com a qual a parte afirma a ocorrência de fatos contrários ao seu interesse.

⁵⁵⁵ Ibidem.

⁵⁵⁶ Nada impede que a renúncia seja utilizada em matéria penal. Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo apresenta os casos de delitos privados, em que necessária a manifestação do ofendido. (*Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991).

⁵⁵⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.64.

⁵⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003., Vol.III, tomo II, p.416-417. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes : “[...] a confissão traduz-se em uma simples declaração da ciência dos fatos probandos, que constitui prova plena, se verificada no curso do processo judicial” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.I, p.442).

Nesse sentido, dispõe o artigo 348 do CPC: “há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário[...]”⁵⁵⁹.

A confissão, por se tratar de declaração de conhecimento dos fatos, com a qual a parte reafirma a ocorrência de fatos afirmados pelo adversário ou nega fatos afirmados antes por ela própria, não tem natureza de meio de prova. No dizer de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.624, vol.III), “a declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, em que se resolve a confissão, pode ser objeto de meio de prova, mas meio de prova ela não é”⁵⁶⁰.

A confissão apenas tem o condão de tornar incontroverso o fato confessado, sem vincular o espírito do julgador.

Quem confessa concorre somente para *incontroversia* relativa ao fato confessado, sem vincular o juiz porque este dará à confissão o valor que ela puder ter no contexto dos fatos e elementos de prova existentes nos autos (livre convencimento, art. 131). Não há *prova plena*, no processo civil brasileiro. Ainda quando convencido da veracidade da confissão, continua o juiz inteiramente livre para apreciação dos demais fatos pertinentes à causa e para a interpretação dos textos legais em busca da norma a impor. A confissão incide sobre os fatos e não sobre direitos subjetivos ou obrigações (DINAMARCO, p.624, vol. III).

Nesse diapasão, a confissão não é um negócio jurídico, uma vez que não cria direitos e obrigações para partes⁵⁶¹.

Eis a defesa:

Confissão é, pois, o reconhecimento que alguém faz da verdade de um fato.

⁵⁵⁹ O Código Civil Italiano (ITÁLIA. *I nuovi Codice Civile e Codice di Procedura Civile e le leggi complementari*. 5. ed. Piacenza: Casa Editrice la tribuna, 1996, p.510), no seu artigo 2730, também dispõe no mesmo sentido: “*La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli all'altra parte.* (Confissão é a declaração que uma parte faz da verdade dos fatos desfavoráveis a si e favoráveis à outra parte).

⁵⁶⁰ Em sentido contrário, Moacyr Amaral Santos revela: “Negar à confissão natureza probatória, apenas porque por ela fica a parte dispensada do ônus da prova, à evidência é mostrar desconhecer questões que não se confundem: a referente as quais sejam os meios de prova e a relativa ao ônus da prova. O problema do ônus da prova não repudia a confissão como prova. Se provar cabe a quem têm interesse em demonstrar a verdade dos fatos alegados, nem por isso deixará de haver prova quando exatamente quem podia permanecer inativo se propõe a produzi-la. Por isso mesmo escreve Coviello que a confissão difere dos demais meios de prova apenas porque é fornecida por quem,, em regra, não tem interesse de provar, isto é, por quem poderia permanecer passivamente no tocante à instrução do processo. Mas – acentua – “meio de prova é qualquer meio idôneo para formar a convicção do juiz, seja fornecido por quem for” (SANTOS. Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [196-?], v.II, p.39).

⁵⁶¹ “Declarações de conhecimento são manifestações do espírito de uma pessoa, destinadas a externar informações sobre o que ela sabe e não a criar ou extinguir vínculos para ela própria ou para outrem. Distinguem-se das declarações de vontade, mediante as quais o sujeito manifesta a sua intenção de criar novas situações jurídicas. O negócio jurídico é uma declaração da vontade de auto-regular os interesses do declarante.; a confissão é a declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis ao confitente. É muito sugestiva a distinção entre o fazer fazer e o saber fazer, como resultados dessas duas espécies de declaração (far fare e far sapere: Francesco Carnelutti). A vontade relevante na confissão é somente a de prestá-la, não a de criar ou alterar situações jurídicas (Libman)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4.ed. rev. e atual. 2004, v. III, p.624).

O objeto da confissão deve ser um fato jurídico. Toda confissão, diz Ricci, deve ter em vista um fato jurídico, caso contrário resolver-se-ia numa afirmação puramente acadêmica, incapaz de produzir efeitos jurídicos. Isto porque, por um lado, só os fatos estão sujeitos a prova, salvo o direito singular ou estrangeiro. Por outro lado, se pudesse a confissão referir-se ao direito, isto é, se o direito fosse suscetível de confissão, desapareceria a função do juiz, de intérprete e aplicador da lei, função que lhe é própria e exclusiva.

De resto, não se trata de um fato qualquer. Do reconhecer a verdade dos fatos alheios à controvérsia nenhuma consequência advém á demanda. Por sua vez, como os fatos incontrovertidos e os notórios independem de prova, a eles não se refere a confissão. Donde concluir-se que a confissão deve ter por objeto fatos controvertidos, isto é, de cuja prova dependa a afirmação judicial⁵⁶².

Nesse sentido é que a confissão se distancia da submissão. De fato, as formas autocompositivas são negócios jurídicos em que prevalece a autonomia das partes.

Na submissão há o reconhecimento do direito sobre o qual se funda a pretensão, enquanto na confissão há um reconhecimento de fatos. A submissão pode ser considerada uma medida altruísta, na medida em que não há contrapartida dos demais envolvidos e visa por fim ao litígio.

Assim como nas demais modalidades, a submissão prescinde da concordância da parte contrária e pode ocorrer fora do processo judicial ou em seu curso.

Quando ocorre fora do processo, o litigante altera a sua posição na disputa, submetendo-se à outra parte e pondo fim ao conflito. No curso do processo, a submissão de uma parte em relação à outra resolve a lide definitivamente, com julgamento do mérito e o direito objeto do litígio não é mais passível de discussão.

3.3.4.3 Transação

Por fim, como último resultado possível na autocomposição tem-se a transação.

A transação é a realização de acordo mediante concessões recíprocas. Essa modalidade é regulada no Código Civil, no capítulo XIX, título IV – das várias espécies de contrato. Eis o que dispõe o art. 840 do referido diploma legal: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

⁵⁶² SANTOS. Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. I. São Paulo: Max Limonad, [196-?], v.II, p.13-14.

De todas as figuras autocompositivas, segundo Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo⁵⁶³, a transação é a mais discutida na doutrina, assim como a legítima defesa e o estado de necessidade na autotutela.

Francesco Carnelutti⁵⁶⁴ defende que, por meio da transação, a composição se obtém através de uma linha intermediária entre a pretensão e a oposição.

Na lição de Carlos Alberto Dabus Maluf⁵⁶⁵, na linguagem comum, a transação refere-se a negócio e transigir quer dizer negociar, manter relações de comércio⁵⁶⁶.

Em sentido técnico, entretanto, a transação constitui “ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”⁵⁶⁷.

Para Sílvio Rodrigues, a transação é um negócio jurídico bilateral “através do qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda de em troca de vantagens pecuniárias”⁵⁶⁸.

Há quatro elementos constitutivos fundamentais na transação, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a saber:

- a) o acordo entre as partes: a transação é negócio jurídico bilateral, em que a convergência de vontades é essencial para impor sua força obrigatória [...]
- b) a existência de relações controvertidas: haver dúvida razoável sobre a relação jurídica que envolve as partes é fundamental para se falar em transação [...] ⁵⁶⁹
- c) ‘animus’ de extinguir as dúvidas, prevenindo ou terminando o litígio: por meio da transação, cada uma das partes abre mão de uma parcela de seus direitos, justamente para evitar ou extinguir o litígio [...]
- d) concessões recíprocas: como a relação jurídica é controversa, não se sabendo, de forma absoluta, de quem é a razão, as partes, para evitar maiores discussões,

⁵⁶³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p.91.

⁵⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p.159.

⁵⁶⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999, p.1.

⁵⁶⁶ Para o autor, “o substantivo *transactio* aparece pela primeira vez na história da literatura jurídica romana nos autores da época dos Antoninos: Pompônio e Cerv. Scevola. Em um texto muito significativo deste último jurista [...] a transação vem qualificada explicitamente como um contrato: ao final do seu aparecimento, o espaço semântico do novo vocábulo restou definido de uma noção de contrato” (MALUF, op. cit., p.6)

⁵⁶⁷ MALUF, op. cit., p.1.

⁵⁶⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p.234.

⁵⁶⁹ Petrônio Calmon afirma que se uma das partes possuísse a certeza de que a demanda posta em juízo lhe traria somente vantagens, não realizaria a transação. A dúvida, nesse ponto, é fundamental, indispensável para que as partes possam transigir. Para o autor, porém, a dúvida não reside somente sobre o resultado material do processo (certeza da sua pretensão), mas sobre os demais fatores, tais como tempo desejável, custo, dentre outros, que somente o litigante é capaz de decidir. Ainda a dúvida, elemento impulsionador da transação, é objetiva, decorrente da lide. (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.69).

cedem mutuamente. Se tal não ocorrer, inexistirá transação, mas, sim, renúncia, desistência ou doação⁵⁷⁰.

A principal característica, segundo o Sílvio Rodrigues,⁵⁷¹ é que a transação se dá por meio de concessões mútuas, vale dizer, as partes decidem abrir mão de algumas vantagens de forma recíproca.

Esse também é o entendimento de Petrônio Calmon, ao afirmar que a diferença da transação em relação às demais modalidades é a existência de concessões recíprocas. A transação, no seu entender, é um acordo especial, celebrado mediante concretas concessões das partes. Trata-se, pois, “de renúncia parcial ao direito material pretendido e da submissão parcial à pretensão restante”⁵⁷².

Se não houver concessões recíprocas concretas, passíveis de cumprimento, não há que se falar em transação.

Importante salientar que as concessões recíprocas não implicam em modificação das situações jurídicas antes existentes, mas da pretensão e da resistência. Daí porque não há que se falar em transação sem que as partes abram mão reciprocamente da pretensão e da resistência.

Outrossim, muito se discute sobre a natureza jurídica da transação, sobretudo no sistema codificado de 1916.

Para Sílvio Rodrigues, “a quase-totalidade dos códigos e escritores encara a transação como um contrato, sendo poucos os que se opõem a tal ponto de vista”⁵⁷³.

Essa discussão foi superada com o Código Civil de 2002, que incluiu a transação no rol de contratos.

Eis a defesa de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em nossa opinião, a polêmica está superada com o novo Código Civil que, reconhecendo a natureza contratual da transação, retira-a do elenco de meios indiretos de pagamento para incluí-la no título dedicado às ‘várias espécies de contrato’.

A obrigatoriedade da transação nasce justamente do acordo de vontade cujos sujeitos têm o objetivo de extinguir relações obrigacionais controvertidas anteriores⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: obrigações*. 7.ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.201-202.

⁵⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁵⁷² CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.68

⁵⁷³ RODRIGUES, op. cit., p.234.

A transação pode ocorrer, assim como as demais espécies de autocomposição, judicialmente ou extrajudicialmente.

Na judicial, é imprescindível que a transação seja homologada pelo juiz para que surta os efeitos jurídicos.

O art. 269 do Código de Processo Civil traz a transação judicial como uma das modalidades de extinção do processo com resolução do mérito. Nesse caso, o ato do juiz não contém um teor decisório, mas há decisão nessa modalidade⁵⁷⁵, na medida em que se pauta na vontade dos indivíduos, competindo ao juiz analisar todos os requisitos do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado, forma prescrita e não defesa em lei), além de verificar se a vontade das partes está livre de qualquer vício que comprometa a sua validade.

Muito bem conclui Petrônio Calmon, ao afirmar que a atividade do juiz é jurisdicional, ou seja, “o juiz exerce o seu mister tendo em vista os escopos do processo, que de muito ultrapassam a mera aplicação da lei ao caso concreto, ampliando-se em uma ótica social e política. Assim como ao julgar deve atender aos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, ao homologar o acordo, deles não deve se afastar”⁵⁷⁶

No segundo caso, a transação far-se-á por escritura pública, quando previsto em lei, ou por qualquer outra forma escrita, se a lei não dispuser uma forma específica⁵⁷⁷.

Para Petrônio Calmon, a transação judicial põe fim ao processo mediante uma solução contratual, podendo afirmar, nesse ponto, que sentença e transação se equivalem. A transação

⁵⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: obrigações*. 7.ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006, p.202. Nesse sentido, Petrônio Calmon afirma que: “o código civil em vigor alterou substancialmente o tratamento conferido à transação. Antes apenas um dos modos de extinção das obrigações, atualmente é tratada como uma espécie de contrato. Mediante o contrato de transação é possível estabelecer novas obrigações, ampliação ou redução da obrigação anterior, modificação da sua forma e valor ou qualquer outra que seja lícita e possível aos contratantes.

A mudança de postura do direito positivo brasileiro atende à maioria da doutrina e o põe ao lado da maioria dos modelos, que já adotam ou sempre adotaram a capitulação da transação como uma espécie de contrato e não como uma simples modalidade de extinção de obrigações” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.72).

⁵⁷⁵ Nesse sentido manifesta-se Daniel Francisco Mitidiero (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t.II, p.558-559).

⁵⁷⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.75.

⁵⁷⁷ É a lição do “art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologados pelo juiz”.

extrajudicial, por seu turno, constitui título executivo extrajudicial, e se levada à juízo para homologação constitui título executivo judicial⁵⁷⁸.

A transação, como manifestação da autonomia privada, somente vincula aqueles que se manifestaram em relação ao negócio⁵⁷⁹, e se refere aos direitos patrimoniais de caráter privado ou aos direitos indisponíveis. Isso se deve ao fato de que, como visto na seção 3.3.1, a indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade. É possível, atualmente, principalmente após a modificação do art. 331 do Código de Processo Civil, a realização da transação em relação aos direitos indisponíveis⁵⁸⁰, não havendo que se falar em violação aos direitos fundamentais.

⁵⁷⁸ A lei 11.232/2005 acrescentou os acordos extrajudiciais homologados judicialmente no rol dos títulos executivos judiciais.

⁵⁷⁹ Essa é a lição do art. 844 do Código Civil, *in verbis*: “art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

§1º. Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

§2º. Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

§3º. Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos co-devedores”.

⁵⁸⁰ Nesse sentido, válida a lição de Cristiano Chaves de Farias: “sobreleva esclarecer, nesse passo, que muitos dos direitos cuja a natureza seja indisponível admitem, de algum modo, transação. [...] Mesmo nas causas em que a pessoa jurídica de direito público for parte poderá ocorrer transação, em face do permissivo constante da lei 9.496, de 1997, e da própria Lei Complementar 73, de 1993, que disciplinou a carreira da Advocacia-Geral da União ou os dirigentes máximos de autarquias, fundações ou empresas públicas federais a ‘realizarem acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de até R\$ 50.000,00’, nas demandas em que tais entes sejam réus, autores, assistentes ou oponentes. Não foi só. Permitiu, ainda, a transação mesmo nas causas que excedam tal importância, apenas exigindo a prévia autorização do Ministro do Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República (§1º do art.1º). [...]” (FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.) *A segunda etapa da reforma Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.359-360).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1998, v.2

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, a.7, jul./set., 2006

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171-215

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, n.105, a.27, p.181-190, jan./mar., 2002

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.407-423.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002.

BETTI, Emílio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. 1. ed. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.I

BEUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James F. *Princípios da Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002

BIDART, Adolfo Gelsi. Participação popular na administração da justiça. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.253-261.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2007

BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 201819*, da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 28 jun 2007

BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p.426

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, a.5, n. 19, jul./set., 2004

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas; Bookseller, 1999, v.1

CALMON DE PASSOS, J.J. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.83-97.

_____. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

_____. Sentença e títulos executivos judiciais. In; RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/2005*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.93-104.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A.Menezes de Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol.I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reformas do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, n.65, a.17, p.127-143, jan./mar., 1992.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista Forense*, n.326, p.121-130.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Garce Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. *Revista de Processo*, a.14, n.56, p.91-99, out./dez., 1989.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.9307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000

CARVALHO NETO, Inácio de. Separação extrajudicial: da possibilidade de recusa da realização da escritura pelo tabelião. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007, p.175-181.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008

CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de Conciliação Prévia – filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas – limitações, exceções e alternativas. *Revista LTr*, a.64, v.4, p. 446-455, abr. 2000

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. *Proceso, autocomposicion y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991

CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.371-382.

CHINELATO, Silmara Juny; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Pode o tabelião se recusar a lavrar a escritura de separação judicial ou de divórcio se entender que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, à semelhança do que estabelece o parágrafo único do art. 1.574 do CC? . In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007, p.172-173

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v.1

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 4ª edição*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2008

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007, t. I

COSTA-MARTINS, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.mvdireito.hpg.ig.com.br/artigos/civil/artigo04.htm>>. Acesso em: 24 set.2007.

COSTA-MARTINS, Judith. *A boa fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

COUTO, Alessandro Buarque. As Comissões de Conciliação Prévia e a pós modernidade: a transação paradigmática na resolução dos conflitos trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, a.30, n.115, p.13-21, jul./set., 2004

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2007

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4.ed. rev. e atual. 2004, v. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.I

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (coord.) *A segunda etapa da reforma Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.334-371.

_____. *Direito Civil*. Teoria geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. *O novo procedimento para da separação e do divórcio* (de acordo com a lei. n. 11.441/2007). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1959

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos atípicos: legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

FRANCO, André; CATALAN, Marcos. Separação e divórcio na esfera extrajudicial – faculdade ou dever das partes? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário

Luiz (coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007, p.37-49.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: obrigações*. 7.ed. rev., atual e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria geral*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

GARCIA, Filipe Barbosa. Comissão de Conciliação Prévia na atual jurisprudência do TST. *Revista de Direito do Trabalho*, a.32, n.122, p.27-38, abr./jun., 2006

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3.ed. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

GÓES, Gisele. *O princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2005

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.277-295.

_____. *O processo em evolução*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Processo*, n.82, a.21, abr./jun., p.70-87, 1996

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

ITÁLIA. I nuovi Codice Civile e Codice di Procedura Civile e le leggi complementari. 5. ed. Piacenza: Casa Editrice la tribuna, 1996.

JORGE, Mário Helton. A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente imparcialidade. *Revista dos Tribunais*, a.95, v.844, p.56-67, fev., 2006

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70

LEMBO, Cláudio. Conciliação e as tradições jurídicas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.383-390.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intellectus, 2003, v.1

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a.4, v.16, p. 103-113, out./dez, 2003

LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – justiça morosa? *Revista de Processo*, n.105, a. 27, p. 128-137, jan./mar., 2002

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.47-90.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.91-131.

MALFATTI, Alexandre. Liberdade contratual. In: LOTUFO, Renan. (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional: caderno 2*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003

MALLET, Estêvão. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação. *Revista LTr*, a.64, v.4, p.439-445, abr., 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

MAZZEI, Rodrigo Reis. O novo Código e o Judiciário. In: DIDIER Jr. Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo Código no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2006

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

MENDES, Regina Lúcia Teixeira Mendes. Isonomia formal e isonomia material no processo: o pressuposto da cidadania brasileira. In: GRECO, Leonardo, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (coord.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.239-264.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, t.III.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t.II.

MORAIS, Ezequiel. A facultatividade do procedimento extrajudicial: breves considerações sobre o novo art.1.124-A do CPC. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007*. São Paulo: Método, 2007, p.19-35.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: _____. (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p. 15-45.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional: caderno 2*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: RT, 2004

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17-54

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003

OLIVEIRA, Euclides de. É possível realizar apenas a separação consensual, sem nada ser deliberado a respeito da partilha de bens e dos alimentos de um para o outro cônjuge, relegando-se um e outro de tais temas para posterior convenção ou para solução judicial, mediante ação própria? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz

(coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007, p.253-260.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal. *Revista de Processo*, a.27, n.106, abr./jun., 2002

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em: 25 dez. 2008

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PESSOA, Valton Dória. *Transação extrajudicial nas relações individuais do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Manual de Conciliação Preventiva e do Procedimento Sumaríssimo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2001

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, [1982?].

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2005

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n. 2005.001.13666*. 5ª Turma Cível. Rel. Des. Antonio Cesar Siqueira. Julgamento: 14/06/2005. Disponível em: <www.tjrj.gov.br> . Acesso em: 15 out. 2008

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001

RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998

SAMPAIO, Maria de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*. São Paulo: Max Limonad, [196-?], v.II.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2006

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias et. al. (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Princípio da boa-fé – um instrumento de dirigismo contratual. In: NALIN, Paulo (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, v.2, p.153-189

SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo e.; SCHRAMM, Fermin R. O Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n.1, Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em: 15 out. 2008

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Reflexões sobre o princípio da proporcionalidade no direito processual contemporâneo. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Constituição e processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.573-602

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. [S.l]: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, [19-]

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2000

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas: movimentação processual*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2008

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.885-906.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v.I.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol.III, tomo II.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Constituição e processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.603-624.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, a.90, v.791, set.. 2001, p.31-63

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANAVE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p.128-135.