

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**GABRIELA CRISTINA BACK**

**Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza  
transindividual**

**PORTO ALEGRE**

**2018**

**GABRIELA CRISTINA BACK**

**Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**

**Versão corrigida**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Fundação Escola Superior do Ministério Público do  
Estado do Rio Grande do Sul para a obtenção do  
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Handel Martins Dias.

Porto Alegre

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Back, Gabriela Cristina

Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual / Gabriela Cristina Back. -- Porto Alegre 2018.

178 f.

Orientadora: Handel Martins Dias.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Heterocomposição. 2. Árbitro. 3. Direitos Transindividuais. 4. Acesso à Justiça. 5. Efetividade. I. Martins Dias, Handel, orient. II. Título.

**GABRIELA CRISTINA BACK**

**Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Fundação Escola Superior do Ministério Público do  
Estado do Rio Grande do Sul para a obtenção do  
título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 30 de novembro de 2018

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Handel Martins Dias – Orientador

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Julgamento: 10,0

Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Julgamento: 10,0

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon

Instituição: Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Julgamento: 10,0

**PORTO ALEGRE**

**2018**

## AGRADECIMENTOS

Nesse um ano e meio, após mais de vinte mil quilômetros percorridos entre Criciúma e Porto Alegre, tenho muitas pessoas a agradecer.

Primeiramente meu pai, meu maior exemplo e o grande incentivador e exclusivo financiador da minha pesquisa. Minha mãe e minha irmã Beatriz pelo apoio e carinho constantes. Essa jornada não teria sido possível sem vocês.

Agradeço meu orientador Dr. Handel Martins Dias por toda a ajuda e incentivo, desde a escolha do tema a indicação bibliográfica, e pela constante vibração por minhas conquistas profissionais.

Tive ainda o prazer de conviver com professores maravilhosos na FMP, a quem devo agradecer por todo ensinamento nesse tempo tão curto em Porto Alegre. Terei sempre o prazer de ter sido aluna de Dr. Anizio Pires Gavião Filho, Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Dra. Daniela de Oliveira Pires, Dr. Mauricio Martins Reis, Dra. Cristina Stringari Pasqual e Dra. Betânia de Moraes Alfonsin.

Agradeço ainda Pedro Zilli pela oportunidade de lecionar no Curso de Direito do Centro Universitário Barriga Verde – UNIBAVE.

Por fim, devo agradecer imensamente ao companheirismo e a amizade dos meus colegas de mestrado, Monique, Gabriela, Pietro, Vinicius, Alexandre, Lucca, Thales e Thomas quem tornaram a experiência da pós-graduação muito mais feliz.

Obrigada a todos.

Ora, as relações interindividuais continuam sem dúvida a revestir grande importância na vida contemporânea, pelo menos em alguns setores da atividade humana. Ao lado delas, porém, vai crescendo incessantemente o número e o relevo de situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. Essas situações também podem e costumam servir de nascedouro a conflitos de interesses, cuja frequência e gravidade aumentam dia a dia. Mas, para dar-lhes solução adequada, não raro parecem pouco eficazes as armas do arsenal jurídico herdado de outros tempos. Toma-se indispensável um trabalho de adaptação, que afeiçoe às realidades atuais o instrumental forjado nos antigos moldes; ou antes, em casos extremos, um esforço de imaginação criadora, que invente novas técnicas para a tutela efetiva de interesses cujas dimensões extravasam do quadro bem definido das relações interindividuais.

José Carlos Barbosa Moreira

## RESUMO

BACK, Gabriela Cristina. **A arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação *Strico Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2018.

Por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando-se o método de procedimento monográfico e comparativo e as técnicas de pesquisas teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, bem como análise jurisprudencial pontual, o presente trabalho investiga o papel da arbitragem na tutela de direitos transindividuais. Inserido na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis e na linha de Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, a relevância social da pesquisa reside justamente na investigação do papel da arbitragem enquanto mecanismo alternativo de resolução de conflitos capaz de potencializar a efetividade de direitos transindividuais em litígio. O principal objetivo do trabalho é verificar o cabimento da resolução extrajudicial de conflitos de natureza transindividual por meio de arbitragem e quais os limites da técnica. A hipótese fundamental não visualiza na suposta indisponibilidade dos direitos coletivos uma barreira intransponível à arbitrabilidade do litígio por se tratar de conceito de alta complexidade, comportando interpretações e hipóteses autorizadoras da arbitragem de direitos transindividuais. Ao final, conclui-se pela impossibilidade de manutenção do sistema jurídico através do acesso único aos tribunais, e que, diante flexibilização do conceito de indisponibilidade e da inexistência de outros fatores impeditivos, é possível submeter conflitos coletivo a via arbitral. A cultura demandista e a questão dos custos são obstáculos de necessário enfrentamento para permitir a procedimentalização. A opção pela utilização da arbitragem deve levar em consideração as vantagens e desvantagens do procedimento coletivo fora do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Heterocomposição. Árbitro. Direitos transindividuais. Acesso à justiça. Efetividade.

## ABSTRACT

BACK, Gabriela Cristina. **Arbitration as a method of conflict resolution of collective rights**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação *Strico Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2018.

Through the hypothetical-deductive approach, using the method of monographic and comparative procedure and theoretical and qualitative research techniques using bibliographical and legal documentary material, as well as a case-by-case analysis, this paper investigates the role of arbitration in the protection of transindividual rights. Inserted in the area of concentration Tutelage to the Effectiveness of Unavailable Rights and in the line reaserch of Tutelage to the Effectiveness of Transindividual Rights, the social relevance of research lies precisely in the investigation of the role of arbitration as an alternative mechanism of conflict resolution capable of enhancing the effectiveness of transindividual rights litigation. The main objective of this work is to verify the appropriateness of the extrajudicial resolution of conflicts of a collective right through arbitration and the limits of the technique. The hypothesis does not visualize in the supposed unavailability of collective rights an insuperable barrier to the litigation through arbitration because it is a concept of high complexity, so that there are interpretations and hypotheses authorizing the arbitration of transindividual rights. In the end, it is concluded that it is impossible to maintain the legal system through single access to the courts, and that, given the flexibility of the concept of unavailability and the absence of other impeding factors, it is possible to submit collective conflicts to arbitration. The demand culture and the question of costs are obstacles of necessary confrontation to allow proceduralisation. The option of using arbitration should take into account the advantages and disadvantages of collective procedure outside the Judiciary.

Key-words: Heterocomposition. Arbitrator. Collective rights. Access to justice. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 PROTEÇÃO DOS BENS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO</b> .....	<b>14</b>
2.1 DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE .....	14
2.1.1 Direitos e interesses difusos .....	16
2.1.2 Direitos e interesses coletivos <i>stricto sensu</i> .....	19
2.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos .....	20
2.2 FORMAS DE TUTELA JURISDICIONAL DE SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS .....	24
2.2.1 Ações coletivas .....	26
2.2.2 Julgamento de casos repetitivos .....	34
2.2.3 Decisões e súmulas vinculantes .....	42
2.3 CONFLITOS METAINDIVIDUAIS E A FUNÇÃO JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO .....	48
2.3.1 Direito à tutela jurisdicional coletiva na ordem constitucional vigente .....	48
2.3.2 Tutela jurisdicional coletiva como instrumento de proteção de interesse social .....	52
2.3.3 Recepção dos conflitos plurindividuais pelo Poder Judiciário .....	55
<b>3 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS</b> .....	<b>59</b>
3.1 MONOPOLISMO DA JUSTIÇA ESTATAL NA GESTÃO DOS CONFLITOS .....	59
3.1.1 Cultura judiciarista na experiência brasileira .....	60
3.1.2 Déficit na relação custo-benefício .....	65
3.1.3 Necessidade de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição .....	68
3.2 MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA .....	71
3.2.1 As três ondas de Mauro Cappelletti .....	73
3.2.2 Desdobramentos do movimento no Brasil .....	77
3.2.3 Modelo multiportas do Código de Processo Civil de 2015 .....	82
3.3 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE GESTÃO DE CONFLITOS .....	85
3.3.1 Negociação .....	89
3.3.2 Conciliação .....	92
3.3.3 Mediação .....	94
3.4 MÉTODO ARBITRAL DE GESTÃO DE CONFLITOS .....	98
3.4.1 Brevíssima retrospectiva histórica sobre a arbitragem no Brasil .....	98
3.4.2 Noções gerais .....	104

<b>3.4.3 Princípios norteadores</b> .....	110
<b>3.4.4 Arbitrabilidade</b> .....	112
<b>4. ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS TRANSINDIVIDUAIS</b> .....	<b>117</b>
<b>4.1 CABIMENTO DA ARBITRAGEM PARA A GESTÃO DE CONFLITOS COLETIVOS</b> .....	117
<b>4.1.1 Direitos e interesses difusos</b> .....	118
<b>4.1.2 Direitos e interesses coletivos <i>stricto sensu</i></b> .....	127
<b>4.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos</b> .....	130
<b>4.2 ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA ARBITRAL</b> .....	133
<b>4.2.1 Aspecto temporal</b> .....	133
<b>4.2.2 Aspecto econômico</b> .....	136
<b>4.2.3 Aspecto qualitativo</b> .....	140
<b>4.3 PROCEDIMENTO ARBITRAL PARA A TUTELA COLETIVA</b> .....	148
<b>4.3.1 Instauração da arbitragem</b> .....	148
<b>4.3.2 Sentença arbitral e coisa julgada</b> .....	153
<b>4.3.3 Liquidação e cumprimento da sentença arbitral</b> .....	156
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>164</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em direito volta-se a investigação e resolução de problemas sociais com impacto direto na sociedade. A linha de pesquisa em que se insere o presente trabalho, Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, por sua vez incluído na área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, tem como abordagem a análise de grandes temas da ciência jurídica atual: a efetivação de direitos e a tutela de direitos transindividuais. Essa segunda matéria representa, por si só, uma grande inovação jurídica, especialmente se analisado do ponto de vista processual civil, onde por muito tempo imperou a lógica individualista e tecnicista. Assim, na modernidade a questão da coletivização de direitos e procedimentos se mostra importante ferramenta voltada a uma melhor proteção de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, ao uso racional de recursos voltados à essa efetivação, bem como amplia a possibilidade de tratamento isonômico dos conflitos sociais. Nesse sentido, embora não se questione a complexidade da ciência jurídica, é certo afirmar que o Direito hoje possui grande enfoque no seu papel de resolução de conflitos. O acesso a esse papel pacificador através dos tribunais, contudo, gerou consequências que afetam diretamente a qualidade dos provimentos jurisdicionais e confiabilidade dos jurisdicionados no sistema. Em último grau, fala-se hoje em prejuízos à efetivação de direitos pela monopolização do Direito pelo Estado.

A busca por maior efetividade de direitos é uma tarefa de extrema relevância e não é uma empreitada fácil. A resolução de conflitos se dá, precipuamente, por meio do processo, o qual precisa se adaptar para facilitar a efetividade, não apenas a declaração de direitos. No entanto, o processo estatal não é o único modo de realizar direitos. Outros métodos existem, e respeitando a máxima do acesso à justiça e o princípio do devido processo legal, permitem a pacificação social e a efetividade dos direitos transindividuais, o que se mostra de extremada importância para a coletividade. Nesse ponto, essencial frisar que a efetividade do provimento jurisdicional é a mais importante das atividades da jurisdição. No caso de ações de litigiosidade em massa assim como os conflitos que envolvem direitos transindividuais, a efetividade é a resposta para a pacificação de conflitos sociais de grandes dimensões. Nada obstante, essa efetividade ainda é um grande desafio ao Poder Judiciário e aos legitimados para agir nas ações coletivas. Assim, tem-se hoje uma realidade jurídica nacional em que os dois grandes temas acima citados encontram-se em sério risco de tornarem-se ineficientes. Assim, enquanto muitas pesquisas acadêmicas atuais focam nos problemas e na busca por soluções dentro dos processos coletivos, culminando inclusive na

proposta de codificação da tutela coletiva no Brasil, o discurso proposto nesse trabalho é pela procura de outras soluções postas à disposição dos operadores do direito pelo ordenamento jurídico. Ao passo que as investigações voltadas ao aperfeiçoamento das regras do processo coletivo possuem importantes pontos de pesquisa a serem analisados, e sabendo que possuem também como objetivo garantir a efetivação dos direitos ali tutelados, é preciso considerar que continuam atrelados aos problemas do Poder Judiciário. Por outro lado, embora a solução por vias alternativas possa se mostrar como resposta para determinadas situações, existem novos obstáculos que surgem a partir desse viés de análise.

Assim, embora exista grande aposta nos métodos autocompositivos de resolução de conflitos para a tutela de direitos transindividuais, é preciso reconhecer que os mesmos possuem suas próprias limitações e obstáculos. Assim, mesmo no caso do instituto do Termo de Ajustamento de Conduta, já consolidado com importante instrumento de autocomposição transindividual, existe grande restrição da atuação da sociedade civil, reduzindo a possibilidade de tutela por meio de outros sujeitos que não os entes públicos, onerando ainda mais esse setor. Ademais, a falta de controle de métodos negociais, por exemplo, levanta questionamentos quanto ao respeito às normas de proteção ou à publicidade dos atos, pelo que novamente se defende a expansão da investigação acerca do cabimento do uso de diferentes técnicas de resolução de conflitos.

Na tentativa de expandir a análise dos métodos alternativos à judicialização de demandas coletivas, destaca-se o instituto arbitral. O presente trabalho, portanto, partindo da apreciação do tema “arbitragem”, indaga-se acerca da potencialidade desse método de resolução de conflitos para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*. Embora não seja tradicional o uso da técnica no âmbito do direito coletivo, cresce em diversos ordenamentos jurídicos internacionais a coletivização do procedimento arbitral.

A relevância social da presente pesquisa reside justamente no seu papel enquanto potencializados na busca pela efetividade de direitos transindividuais em litígio proporcionada pela utilização do método da arbitragem. Destaca-se a fina sintonia dessa proposta com a linha de pesquisa do programa em que se insere, uma vez que ambos, preocupados com a relevância dos direitos transindividuais, os quais se situam em áreas de interesse dos direitos públicos bem como os privados, propõe a pesquisa aprofundada do sistema jurídico brasileiro e das garantias processuais que objetivam a efetivação dos direitos transindividuais, ampliando ao máximo a possibilidade de concretizá-los e de evitar mais violações. Portanto, com vistas a garantir a efetividade do direito coletivo no Brasil, a presente pesquisa questiona

se é possível e quais as hipóteses de cabimento de resolução extrajudicial de conflitos de natureza transindividual por meio de arbitragem e quais os seus limites.

A principal hipótese que busca-se provar diz respeito a indisponibilidade dos direitos transindividuais, a qual não deve ser considerada o único óbice – ou o principal filtro de análise da possibilidade – para a resolução de conflitos envolvendo esses direitos por meio de arbitragem. A complexidade do conceito de indisponibilidade de direitos comporta interpretações que não impedem a opção de tutela coletiva pela via arbitral. Ademais, a busca pela pacificação social e pela rápida solução da demanda, ideais que dialogam com a nova acepção do acesso à justiça, justificam a possibilidade de utilização da arbitragem para buscar a efetivação dos direitos coletivos *lato sensu*. No entanto, a partir da adoção dessa perspectiva, concluindo-se que é possível a tutela coletiva de direitos por meio do processo arbitral, novas limitações surgirão. Isso porque o instituto do processo arbitral coletivo não é regulamentado no país, e não existem precedentes de sua utilização no Brasil. Dado ter sido adotado nesse país o sistema jurídico da *civil law*, e o próprio desenvolvimento jurídico nacional atrelado à produção normativa, a falta de regulamentação específica pode gerar embates quanto à forma de procedimentalizar essas disputas.

Para que seja possível cumprir o objetivo da pesquisa, ou seja, o desenvolvimento da análise da suposta barreira de tutela coletiva arbitral fundada na sua indisponibilidade, permitindo, então, a investigação das hipóteses em que se mostre possível a submissão de conflitos coletivos ao procedimento arbitral bem como expor os limites que possam surgir a partir da opção pela resolução extrajudicial de demandas coletivas por meio de arbitragem, estruturou-se a presente em três tópicos ou capítulos, cada qual com um propósito específico para a análise final.

Assim, no capítulo 2, buscará identificar as peculiaridades dos direitos coletivos *lato sensu*, especialmente aquelas que possibilitam ou impõem limites à utilização do procedimento de arbitragem. Além disso, investigar-se-á as diferentes formas de tutela jurisdicional coletiva no ordenamento jurídico nacional, ressaltando especialmente seus pontos comuns e os distintivos, afim de que se torne possível analisar o seu papel na ordem constitucional vigente.

Já no capítulo 3, será possível estudar, no atual panorama do processo civil, a relevância do tema da resolução extrajudicial de conflitos, especialmente o seu papel na efetivação de direitos. A partir de dados doutrinários e da experiência prática, conceitos essenciais para a pesquisa de tutelas adequadas, como inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça serão explorados. Ademais, a partir da realidade da autocomposição no ordenamento

jurídico e na prática dos tribunais será possível verificar o panorama de aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos e da filosofia do sistema multiportas.

Por fim, o capítulo 4, após todos os dados coletados nos capítulos anteriores, será possível enfim analisar o cabimento da arbitragem de direitos coletivos no Brasil, expondo ainda as características do procedimento da arbitragem coletiva conjuntamente às particularidades dos direitos transindividuais.

Para que seja possível cumprir tais objetivos, será usado o método de abordagem hipotético-dedutivo. Assim, partindo-se da premissa de validar a hipótese já apresentada, a pesquisa procurará abordar os temas do trabalho de forma geral para o particular. No caso concreto, serão estudados profundamente os tópicos “direitos transindividuais”, “métodos de resolução de conflitos” e “arbitragem como meio de resolução de conflito e acesso à justiça”. Por fim, no último capítulo, tendo como base o conhecimento desenvolvido nos capítulos anteriores, será possível trabalhar com o procedimento da arbitragem, analisando e comparando as suas particularidades com as características dos direitos coletivos *lato sensu*. O método de procedimento será o monográfico e comparativo, o que permitirá considerar as características e o espectro de atuação de cada um dos ramos do direito aqui estudados na busca de pontos de encontro capazes de sustentar as hipóteses. As técnicas de pesquisas utilizadas serão: pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, bem como análise jurisprudencial pontual.

Espera-se que a pesquisa possa contribuir para a análise dos métodos adequados de resolução de conflito enquanto importantes ferramentas na busca pela efetivação de direitos transindividuais.

## 2 PROTEÇÃO DOS BENS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Um dos grandes avanços científicos do direito trata dos direitos transindividuais. A proteção jurídica atribuída a esses direitos se desenvolveu de maneira singular no Brasil. Para que seja possível cumprir o objetivo do presente trabalho – ou seja, analisar a possibilidade, diante das normas jurídicas em vigência no Brasil, de tutela de direitos coletivos *lato sensu* através do método da arbitragem, evidenciando os aspectos que autorizam o arbitramento do litígio e avaliando os limites do uso dessa técnica – é preciso partir do estudo da tutela coletiva de forma ampla. Discriminadamente, será essencial identificar as peculiaridades dos direitos coletivos *lato sensu*, especialmente aquelas que possibilitam ou impõem limites à utilização do procedimento de arbitragem, bem como averiguar a relação da tutela jurisdicional coletiva com o Poder Judiciário e seu o papel constitucional.

Assim, no primeiro tópico deste capítulo serão abordados os elementos semelhantes e aqueles que diferenciam as três espécies de direitos transindividuais. Na sequência, serão expostas as diferentes formas de tutela jurisdicional que afetam a tutela coletiva de direitos. Por fim, a relação do Poder Judiciário com a tutela dos direitos coletivos será analisada de forma a demonstrar o papel da função jurisdicional no atual Estado de Direito e as consequências dessa conexão.

### 2.1 DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS EM ESPÉCIE

Atualmente, a classificação mais utilizada dos direitos transindividuais no Brasil é aquela empregada pelo ordenamento jurídico<sup>1</sup>. Assim, segundo o art. 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a tutela coletiva trata dos interesses e direitos<sup>2</sup> difusos, interesses e direitos coletivos assim como dos interesses e direitos individuais homogêneos.

---

<sup>1</sup> A contrário senso, Lima (2015, p. 15-21) propõe a superação dos conceitos tradicionais dos interesses e direitos coletivos, “substituindo-os por tipos de litígios, construídos a partir das características da lesão” o que tornaria possível a adoção de um “novo modelo processual coletivo, que responda às dificuldades empiricamente verificadas na tutela dos direitos da sociedade”.

<sup>2</sup> Watanabe (GRINOVER et al., 2007, p. 819-820) destaca que os termos “interesses” e “direitos” são usados aqui como sinônimos, uma vez que ambos são amparados pelo mesmo sistema jurídico, pelo que não há necessidade de diferenciação entre ambos. Em igual sentido defendeu Brandão (1996, p. 100-101) para quem a distinção entre os termos pelas doutrinas clássicas foi expressamente abandonada pelas normas jurídicas modernas, que não apresentam tratamento diferenciado para “interesses” e “direitos”. Além disso, ao estabelecerem a tutela de “qualquer interesse” já os elevaria ao *status* de direito, visto que protegidos por normas jurídicas.

Essa classificação resultou de uma necessária reestruturação dos tradicionais esquemas processuais civis, adaptando-os à realidade da moderna sociedade de massa e seus conflitos emergentes que se diferenciam profundamente daqueles da sociedade pré-capitalista (GRINOVER, 2007, p. 789).

É o que também explicou Cappelletti (1994, p. 2):

Uma das características fundamentais das sociedades contemporâneas reflete-se na transformação da economia, do tipo primariamente baseado em relações interindividuais para outro em que a produção, a distribuição e o consumo se tornaram fenômenos de massa. De modo análogo, os "direitos sociais" emergiram como extremamente importantes. Pois bem: os direitos sociais acarretam, ou tendem a acarretar, benefícios para amplas categorias de pessoas fracas ou anteriormente discriminadas: crianças, mulheres, idosos, minorias raciais ou lingüísticas, deficientes etc. Em todos esses casos, o indivíduo isolado é em regra incapaz de vindicar efetivamente os direitos em causa

Isso pois, tão logo foi identificada a existência de uma categoria jurídica que transitava entre os interesses públicos e os interesses privados, tornou-se essencial a sua proteção e tutela adequada (GRINOVER, 2000, p. 1).

Zanetti Junior (2005, p. 228-229) explica a importância da norma consumerista para o direito coletivo, já que quando a doutrina nacional primeiramente se viu compelida a estudar os direitos transindividuais<sup>3</sup>, experimentou certa dificuldade para conceituar os novos direitos que lhe eram baseados. No entanto, com o advento da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 a problemática restou resolvida, ao menos no ordenamento jurídico nacional.

Essa categorização tornou-se clássica, e portanto, foi mantida por diferentes projetos que visam codificar as normas processuais coletivas, como o Projeto de Código Processual Civil Coletivo Modelo para Ibero América<sup>4</sup>, pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos com redação de Ada Pellegrini Grinover, vinculado às atividades da Universidade de São Paulo e ao Instituto Brasileiro de Direito Processual<sup>5</sup>, bem como pelo Anteprojeto criado nos programas de pós-graduação *stricto sensu* na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estácio de Sá (UNESA)<sup>6</sup>. Apenas o Projeto de Código de Processo Civil Coletivo de Antonio Gidi<sup>7</sup> classifica esses direitos diferentemente, suprimindo a categoria dos direitos coletivos *stricto sensu*.

<sup>3</sup> Moreira (1982, p. 2-7) ainda no início da década de 80 utilizava a expressão “direitos difusos” para se referir “situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”, baseado na doutrina italiana, ressaltando, contudo, seu desgosto pelo termo, em decorrência da alta imprecisão.

<sup>4</sup> Classificação segundo art. 12 (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL, 2012, p. 11).

<sup>5</sup> Classificação segundo art. 3º (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, 2005, p. 1-2).

<sup>6</sup> Classificação segundo art. 2º (MENDES, 2005, p. 8).

<sup>7</sup> Classificação segundo art. 1.1 (GIDI, 2003, p. 3.)

De igual forma, no Projeto de Lei nº 5.139/2009, o qual visa atualizar a legislação referente à ação civil pública e tornar-se o novo foco no estudo da tutela coletiva, também apresenta a conceituação dos interesses e direitos coletivos, e de igual forma manteve a mesma classificação dos direitos transindividuais como previsto no atual Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>8</sup>.

Sendo assim, aferida certa unidade na classificação dos direitos transindividuais, necessário verificar suas características especificadamente.

### **2.1.1 Direitos e interesses difusos**

Segundo o art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, os direitos difusos compreendem os direitos transindividuais, de natureza indivisível e de titularidade indeterminada, sendo os titulares ligados por circunstâncias de fato. Essa assertiva comporta conceitos que necessitam ser melhor explorados.

Assim, o caráter de transindividualidade dos direitos difusos implica dizer que tais direitos são metaindividuais, ou supraindividuais, ou seja, pertencentes a vários sujeitos, extrapolando a esfera individual destes (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 229). Brandão (1996, p. 93-94) assinala ainda que, dada a abrangência subjetiva decorrente dessa característica dos direitos difusos e a sua relação direta com interesses coletivos e relações massificadas, é possível identificar uma potencialidade para configuração de conflitos.

Por essa razão, a tutela de interesses e direitos difusos pode ser feita molecularmente, ou seja, por meio da propositura de uma única ação coletiva que beneficiará, portanto, todos os interessados (GRINOVER, 2007, p. 821). Sobre as ações de natureza coletiva serão analisadas as suas particularidade na sequência.

A indivisibilidade por sua vez, exige que a tutela dos direitos difusos seja feita considerando o bem como um todo, de maneira que possa ser aproveitado de maneira inteira, indivisível. Isso pois, como não existe um sujeito detentor do direito ou sequer um número identificável de detentores, o desfrute do bem em questão se dá de forma comum por todos os sujeitos, sem que se possa atribuir quotas-parte a qualquer um deles (BARROSO, 1993, p. 2).

---

<sup>8</sup> O referido projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Entendeu-se que o regramento ali previsto não respeitava os princípios do devido processo legal, não garantiam igualdade entre as partes e não conferiam segurança jurídica ao procedimento e conferiam demasiados poderes aos juízes e promotores. Foi interposto 1 recurso, o qual aguarda julgamento (BRASIL, 2009). Ainda que não aprovado, o projeto constitui-se em um importante elemento no estudo da tutela jurídica dos direitos coletivos no ordenamento nacional.

Dessa característica se extrai a impossibilidade de fragmentação da tutela coletiva de interesses e direitos difusos. O que se objetiva é a submissão ao julgador do conflito de forma molecular, ou seja, de maneira completa, para que seja possível a consecução de um provimento mais abrangente e efetivo (GRINOVER, 2007, p. 821).

A indeterminação dos seus titulares decorre da impossibilidade de definir o detentor do direito. Ademais, o que une os sujeitos nessa titularidade comum é uma situação de fato, ou seja, não há necessidade de haver qualquer vínculo comum de natureza jurídica (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 229).

Como exemplo de direitos difusos, usualmente são citados o direito ao meio ambiente sadio, direito à segurança pública e o direito à vedação à propaganda enganosa, os quais possuem as características acima expostas<sup>9</sup>.

Há ainda outra característica dos direitos difusos, não prevista na disposição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas constantemente atribuída a essa categoria de direitos coletivos: a indisponibilidade. Ocorre que, embora seja recorrente a inclusão dessa característica dentre aquelas que definem os direitos difusos, existe certa confusão quanto à origem da mesma.

Para alguns, a indisponibilidade dos direitos difusos decorre da sua vinculação aos interesses públicos<sup>10</sup>, uma vez que a coletividade possui interesse na manutenção da tutela adequada desses direitos de que superam a esfera da titularidade individual. Por outro lado, existe corrente que defende a indisponibilidade do direito difuso decorrente da falta de titularidade singular, que acaba por impossibilitar a real transação de direitos, o que configura a indisponibilidade por falta de legitimidade ou capacidade<sup>11</sup>. Ainda, há entendimento no sentido de que a indisponibilidade dos direitos difusos decorre da sua característica de indivisibilidade, uma vez que a reposição integral do bem impossibilitaria a sua disposição<sup>12</sup>. Há também posicionamento de que os direitos difusos são indisponíveis pelo seu caráter

---

<sup>9</sup> Cappelletti (1991, p. 5) diz que “os interesses ‘difusos’ representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, trocas e consumo, mas também educação, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc., são fenômenos ‘de massa’”.

<sup>10</sup> Segundo Bacal e Rodrigues (2018, p. 100) “a indisponibilidade dos direitos difusos decorre do interesse público que orienta a definição de seus contornos, uma vez que, com frequência, tais direitos materializam a realização de objetivos sociais e de valores consagrados na Constituição. Portanto, é irrefutável a sua (ao menos, potencial) indisponibilidade em vista do interesse social que lhe caracteriza”.

<sup>11</sup> Assim se posicionou Greff (2015, p. 52-54) para quem a disponibilidade do direito “vai além do que apenas transacionar, dizendo respeito ao próprio exercício do direito, praticado de forma ainda mais abrangente”, estando intimamente ligado a possibilidade de atos de disposição através do livre exercício pelo seu titular.

<sup>12</sup> É o caso de Merçon-Vargas (2012, p. 72), quem entende que “essa indisponibilidade é também de ordem material, por exprimir a impossibilidade de disposição, devendo ser assegurada a sua recomposição integral”, vinculando a característica de indisponibilidade do bem tutelado com a indivisibilidade do direito difuso.

coletivo, transindividual, em oposição à regra dos direitos individuais<sup>13</sup>. Por fim, existe ainda a teoria de que os direitos coletivos não são necessariamente indisponíveis, e que apenas a análise do direito material pode atribuir esta característica a um determinado direito<sup>14</sup>.

Como se vê, a definição da origem da indisponibilidade dos direitos difusos não é pacífica, apesar de ser fundamental para que seja possível explorar as possibilidades de ampliação das formas de tutela desses direitos. Em outras palavras, entender porque tais direitos são indisponíveis é indispensável para compreender os limites da utilização de técnicas distintas do processo jurisdicional.

Se por um lado seria essencial definir – ou ao menos limitar – o caráter de indisponibilidade dos direitos tipicamente coletivos, é importante dar atenção para um outro fenômeno: a relativização do conceito de disponibilidade.

De forma bastante ampla, vem se reconhecendo na doutrina nacional o caráter não absoluto do conceito de indisponibilidade de direitos<sup>15</sup>. A esse fenômeno pode se aproveitar o estudo dos métodos adequados de tutela de direitos transindividuais.

A relativização do conceito de indisponibilidade foi bem conceituada por Talamini (2005, p. 337-342) ao analisar a possibilidade de submissão da Administração Pública a processo arbitral. Para o autor, a ideia de indisponibilidade “comporta graduações”, uma vez que a ideia de indisponibilidade absoluta não dialoga com as hipóteses em que “embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais justificam que, observadas determinadas condições, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações desse bem indisponível”. Assim, criou a ideia de distinguir os mecanismos de indisponibilidade estritamente processual da indisponibilidade material propriamente dita. Nesse segundo caso, duas acepções diferentes podem ser formuladas: “impossibilidade de pura e simplesmente se renunciar a um determinado direito” e “impossibilidade, que apenas

---

<sup>13</sup> É o que escreve Nery (2016, p. 239-243) para quem os direitos individuais detêm admitem disposição do direito, enquanto os direitos coletivos seriam indisponíveis. Importante salienta, contudo, que a autora defende na obra a relativização do conceito da indisponibilidade: “Parece-nos mais adequado o entendimento de que a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo”.

<sup>14</sup> Nesse sentido se manifestou de Roque (2014, p. 114), para quem “a (in)disponibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é também casuística e decorre tão somente da relevância dos interesses em discussão, atributo conferido pelo direito material e que não depende da categorização conferida pelo art. 81, parágrafo único do CDC”.

<sup>15</sup> É com base nessa ideia que se basearam diversos autores ao estudar a possibilidade de tutela arbitral de direitos coletivos, ao exemplo de Merçon-Vargas (2012, p. 111-113), quem entende que a disponibilidade do direito pode ser de ordem material ou instrumental, Rômulo Mariani Greff (2015, p. 53) defende que “não é fácil encontrar na lei regramento expresso acerca da disponibilidade ou não de um direito”, pelo que seria necessário encontrar “pistas” sobre a possibilidade de disposição, Nery (2016, p. 108) diz que “o entendimento de que a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo,” e Roque (2014, p. 113) ensina que “também não se pode afirmar que todos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* sejam indisponíveis, de forma genérica, ao contrário do que sustenta parcela dominante da doutrina”.

se põe em determinadas e excepcionais hipóteses, de o sujeito, constatando que não se tem razão, curvar-se à pretensão alheia” impondo-se como necessário o concurso da jurisdição, ou como designa o autor “necessariedade da intervenção jurisdicional”.

Essa distinção abre caminho para a pesquisa que ora se propõe, ou seja, investigar se a indisponibilidade dos direitos coletivos exigem que a sua tutela seja feita através de provimentos jurisdicionais estatais ou se é possível o uso de mecanismos diversos.

Então, partindo da premissa de que não há uniformidade na doutrina acerca da indisponibilidade dos direitos difusos, e sabendo que essa característica não é considerada absoluta, permitindo um campo de exploração com relação às possibilidades de transação, será possível o aprofundamento do tema para enfim analisar a possibilidade de arbitragem de direitos transindividuais.

### **2.1.2 Direitos e interesses coletivos *stricto sensu***

Por sua vez, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso II do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, direitos coletivos *stricto sensu* representam igualmente os direitos transindividuais e de natureza indivisível, mas a sua titularidade é determinada, sendo os titulares representados por grupo, categoria ou classe de pessoas, segundo a classificação normativa que aqui se segue.

Como se vê, as características da transindividualidade e indivisibilidade são iguais às dos direitos difusos, aplicando-se as considerações feitas a seu respeito no tópico anterior. O que os distingue, portanto, é a titularidade indeterminada.

Aqui, ainda que os indivíduos continuem sendo indetermináveis, é possível especificar um grupo de pessoas, por isso o caráter de titularidade determinada desses direitos. As pessoas pertencentes a esta categoria são ligadas entre si por uma “relação jurídica base”, podendo esta relação ser decorrente de ligação *affectio societatis* – como o grupo de advogados, ligados pelo Estatuto da OAB – ou decorrente de ligação com a parte contrária – a exemplo dos contribuintes de IPTU, os quais ligados pelo pagamento de imposto ao município (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 229).

Essa relação jurídica base, segundo Grinover (2007, p. 824-825), preexiste à ocorrência do fato lesivo. Isso quer dizer que a ligação dos membros do grupo não nasce com o dano, como ocorre, por exemplo, no caso de consumidores expostos à propaganda enganosa. Ela é estabelecida por razões e fatores independentes à lesão, como acontece com os membros de um condomínio ou com os contribuintes do fisco.

Os direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, portanto, segundo a doutrina clássica, possuem algumas características em comum: subjetivamente são transindividuais e materialmente são indivisíveis. Enquanto são tratados como direito único, como unidade (indivisíveis) possuem titularidade múltipla. Para Zavaski (2009, p. 33-36) esses direitos representam a superação da dicotomia do público e privado, pois não pertencem à Administração Pública, mas tampouco pertencem a indivíduos determinados particularmente. Então, a distinção entre eles, como já exposto, é sutil: enquanto a titularidade dos direitos difusos é absolutamente indeterminável, os direitos coletivos *stricto sensu* têm titularidade relativamente determinável.

Outro atributo da característica da titularidade específica dos direitos coletivos *stricto sensu* é o alcance do provimento jurisdicional para além membros das associações legitimadas para a tutela coletiva (GRINOVER, 2007, p. 824-825). Tal configuração, em consonância com o disposto no art. 103, inciso II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, decorre da necessidade de tutela mais adequada e justa a essa categoria de direitos, justificando a normatização de regras assim específicas, como se verá mais detalhadamente no tópico seguinte.

Dentre outros exemplos de direitos *coletivos stricto sensu* é comum serem citados o direito dos consumidores de receber serviços de boa qualidade das prestadoras de serviços públicos essenciais, como o de abastecimento de água e de energia elétrica, por exemplo, bem como o direito dos trabalhadores em contato com inflamáveis de receber adicional de periculosidade e o direito dos alunos de determinada faculdade de receber serviços educacionais de qualidade.

As considerações feitas sobre a indisponibilidade dos direitos difusos no tópico anterior podem ser também atribuídas aos coletivos *stricto sensu*.

### **2.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos**

A norma legal pouco especifica as características dos direitos individuais homogêneos, limitando-se a estipular que eles decorrem de origem comum, segundo se extrai do art. 81, parágrafo único, inciso III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. No entanto, à exemplo do que é feito com os demais direitos transindividuais<sup>16</sup>, é possível fixar algumas características dessa categoria de direitos coletivos *lato sensu*.

---

<sup>16</sup> A indefinição dos conceitos ou o tratamento das características dos direitos coletivos *lato sensu* como conceitos abertos pode trazer problemas práticos de aplicação dessas regras. Muitas vezes, a mesma situação

Os direitos individuais homogêneos são, como o próprio nome indica, direitos subjetivos individuais. Ou seja, são de natureza individual, passíveis de divisibilidade pelo titular, sendo este determinável. O caráter de “homogêneos” somente visa identificar aqueles direitos individuais que estão ligados entre si por uma relação de afinidade, semelhança, e que por isso tornam-se homogêneos. É possível supor portanto, que neste caso também esteja se falando em uma pluralidade de sujeitos afetados, como ocorre no direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. No entanto, nesse caso, a titularidade, além de ser composta de indivíduos determinados, está relacionada diretamente a objetos também determinados, visto que podem ser divididos em unidades autônomas. De todo o exposto, extrai-se as características dos direitos individuais homogêneos: natureza individual, portanto, divisíveis e de titularidade determinada (ZAVASKI, 2009, p. 34-35).

Ou seja, quando se fala em direitos individuais homogêneos, não existe direito coletivo propriamente dito. Trata-se, em verdade, de uma ficção jurídica criada com o intuito de proteção coletiva de direitos individuais que possuem dimensão coletiva (ZANETTI JUNIOR, 2005, p. 231).

Ainda que se trate de uma ficção jurídica, deve ser afastada a teoria já pouco defendida de que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos. Primeiramente porque eles integram o rol do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que, após ponderação do legislador, determinou quais os direitos transindividuais seriam tutelados no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo lugar, como já exposto no texto, a doutrina e também trabalha com a classificação legal, estudando a tutela de direitos coletivos separando-os nas três categorias já apresentadas. Por fim, a discussão já chegou ao Supremo Tribunal Federal, sendo que a decisão unânime dos Ministros em plenário no Recurso Extraordinário 163231-SP<sup>17</sup> admitiu a inclusão dos direitos individuais homogêneos com subespécie dos direitos coletivos *lato sensu*. Portanto, neste trabalho, atentando-se para a diferença e características de cada uma das espécies de direitos transindividuais, entender-se-á que os

---

jurídica ora é classificada como difusa ora como coletiva (*strictu sensu*), tendo em vista os contornos pouco delimitados ou a área de convergência desses direitos. Embora pareça não ser o caso do regramento brasileiro, é preciso atentar-se para o fato de que as regras processuais norte-americanas relativas às *class actions* foram alteradas justamente pela dificuldade de aplicação prática dos seus conceitos altamente abstratos. É o que ensina Roque (2010, p. 11-13), quando diz que a antiga redação da Rule 23 do Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) precisou ser alterada, já na década de 1960, dentre outros motivos, pelo fato de que “as categorias de *class actions* se revelaram imprecisas e pouco claras”. Após as reformas, “as *class actions* foram ganhando cada vez mais papel de destaque no cenário jurídico norte-americano”.

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163231-SP. Plenário. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 26/02/1997. Publicada 05/03/1997.

direitos transindividuais são subdivididos em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Nesse mesmo sentido, Zavaski (2009, p. 37) assevera que não se pode confundir a impossibilidade prática de identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos com a inexistência de titular individuais decorrente da indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Assim, utilizando-se os exemplos já citados, pode-se dizer que, enquanto não existe um único titular do direitos ao meio ambiente sadio (direito difuso), os titulares do direito dos compradores de um produto defeituoso (direito individual homogêneo) podem ser identificados: compreendem todos os indivíduos que adquiriram o produto que posteriormente apresentou defeito, gerando prejuízos aos clientes. Destaca-se ainda que, enquanto no primeiro caso não existe apenas um titular, no segundo a impossibilidade de identificá-lo é prática, e não jurídica.

Para exemplificar, pode-se dizer que o direitos dos compradores de produto defeituoso ou o direito das vítimas de um acidente de avião de serem indenizados pelo fabricante, bem como o direito à declaração de nulidade de cláusula abusiva de contrato de prestação de serviços públicos essenciais podem ser considerados direitos individuais homogêneos.

Já os requisitos para a sua tutela coletiva, são, para Watanabe (GRINOVER et al, 2007, p. 825), a homogeneidade e a origem comum. A origem comum pode ser de fato ou de direito, próxima ou remota. O que se exige, portanto, é a existência de um elemento que estabeleça uma relação entre os direitos tipicamente individuais.

Note-se que, diferentemente dos direitos coletivos *stricto sensu*, essa relação de origem comum entre os titulares dos direitos individuais homogêneos nasce após a ocorrência do dano (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 231). É justamente esse fato lesivo comum que permite o agrupamento dos indivíduos em uma categoria comum passível de tutela coletiva, diferenciando-se, portanto, daqueles direitos e interesses tipicamente coletivo.

Já a homogeneidade seria um requisito complementar à origem comum. Isso porque, este requisito pode ser insuficiente para justificar a tutela coletiva de direitos individuais. No caso de direitos correntes de origem comum remota, essa situação pode ser facilmente verificável. É o caso, por exemplo, do uso de produtos potencialmente nocivos: enquanto um dano pode surgir pelo consumo do produto, outro pode estar relacionado ao uso inadequado do bem; assim, embora as duas pretensões estejam relacionadas ao uso de um produto nocivo, uma está vinculada ao produto em si enquanto a outra pode decorrer apenas à

falta de informações suficientes, o que torna distinta toda a argumentação jurídica e a produção de provas em um procedimento jurisdicional, por exemplo. Assim, além da origem comum, é necessário que as situações a que se busca tutela sejam homogêneas (GRINOVER, 2007, p. 826).

Diferentemente dos direitos tipicamente coletivos, os interesses individuais homogêneos são considerados disponíveis<sup>18</sup>. Isso porque, por serem tipicamente individuais, podem facilmente ser atribuídos a um titular, o qual pode exercer atos transação e renúncia sobre esse direito.

Apesar da latente distinção entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – transindividuais e indivisíveis – dos direitos individuais homogêneos – natureza de direito individual e, portanto, divisível –, o seu tratamento normativo conjunto foi uma opção consciente do ente legislativo para melhor tutelar os direitos decorrentes das relações sociais da sociedade moderna.

Zaneti Junior (2005, p. 230-231) explica que a criação pelo legislador desta terceira categoria de direitos coletivos *lato sensu*, inspirado na técnica processual americana *class actions for damages*, foi importantíssima para o ordenamento jurídico brasileiro ao permitir a “tutela coletiva de direitos com natural dimensão coletiva, decorrentes da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões aí decorrentes”.

Essa construção teórica permite, ainda, justificar a tutela conjunta dos direitos individuais homogêneos com os direitos tipicamente coletivos.

Isso porque a possibilidade de tratamento molecular de direitos individuais homogêneos em detrimento da fragmentação da tutela no caso de ações individuais é compreendida, a partir da ótica do acesso à justiça, como verdadeiro instrumento de tutela adequada da ordem jurídica. Os seus principais benefícios são a economia processual, garantia de acesso à justiça e aplicação voluntária e uniforme do direito material (ZANETI JUNIOR, 2005, p. 231).

Dessa forma, uma das vantagens da tutela de direitos individuais homogêneos como direitos transindividuais é de garantir a efetividade dos direitos que se quer proteger. É fácil imaginar situação onde, havendo direito violado em decorrência de um produto defeituoso, muitos consumidores poderiam não ter interesse ou condições de zelar pelo seu

---

<sup>18</sup> Nesse sentido, sobre o tratamento coletivos dos direitos individuais e a atribuição da sua característica de disponibilidade: “se os direitos individuais homogêneos não se justificam como categoria de direito material abstrata e se a reunião de direitos essencialmente individuais não altera a sua natureza, é lícito concluir que, ausente qualquer disposição legal em sentido contrário, sua simples reunião para processamento coletivo não seria capaz de tornar indisponíveis direitos que, em sua origem individual, são disponíveis. Não faz sentido, portanto, afirmar que todo direito individual homogêneo seja indisponível” (ROQUE, 2014, p. 106-107).

direito, ingressando com processo judicial, produzindo provas e litigando face de um grande produtor (ZAVASKI, 2009, p. 37-38). Por meio da tutela coletiva esses direitos podem ser adequadamente tutelados através de um único processo – o qual não contribuirá para o sobrecarregamento do Judiciário – e permitirá uma solução apropriada e de maneira isonômica aos indivíduos.

Como se vê, a inclusão dos direitos individuais homogêneos juntamente aos direitos difusos e coletivos, é celebrado como forma de garantia de acesso e de proteção isonômica aos detentores de direitos na conjuntura jurídica moderna, uma vez que possibilita uma tutela conjunta a direitos que, na via processual clássica, teriam que ser analisados individualmente. Assim, embora sejam sensivelmente distintos, a relevância desses direitos deve ser fator de análise quando do estudo das diferentes possibilidades de tutela coletiva.

## 2.2 FORMAS DE TUTELA JURISDICIONAL DE SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS

Os direitos coletivos *lato sensu* possuem características que os diferenciam dos direitos tipicamente individuais. Por esta razão, foi necessário adaptar o processo civil tradicional aos atributos coletivos, já que a lógica processual individual não comporta a tutela transindividual. Essa adaptação decorreu, principalmente, dos esforços científicos realizados no Projeto Florença<sup>19</sup> (GRINOVER, et al, 2015, p. 1-2), onde foi identificada a necessidade de tutela adequado aos direitos transindividuais, operando-se verdadeira revolução cultural e científica com ramificação mundial<sup>20</sup>.

Tal afirmação não significa, contudo, que os direitos coletivos foram criações doutrinárias recentes, ou que os direitos individuais precederam a concepção dos direitos transindividuais. O que houve na prática foi que, quando do amadurecimento da doutrina do direito coletivo, identificou-se a necessidade de adaptação das estruturas processuais até então desenvolvidas, as quais foram concebidas segundo a lógica dos direitos individuais.

---

<sup>19</sup> Nunes e Teixeira (2013, p. 1) explicam que “o movimento pela socialização processual encontra seu ápice na idealização e realização de um enorme projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália. Este projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, intitulado ‘Projeto Florença de acesso à Justiça’ foi levado a cabo a partir de 1973 - cujos resultados foram publicados em 1978, em 4 volumes -, sob a direção de Mauro Cappelletti. Envolveu 23 países, que, representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e prepararam um relatório, que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos. Esse Projeto e o decorrente ‘movimento pelo acesso à Justiça’ desenvolveu um enorme compartilhamento de experiências envolvendo aqueles inúmeros países, passando a servir de base para os movimentos reformistas a partir de então”.

<sup>20</sup> Mais sobre o tema será desenvolvido no tópico 3.2.

Em outras palavras, há de se reconhecer que direitos transindividuais sempre existiram. Em qualquer forma de organização social houveram interesses que transcendiam aos direitos individuais. Ocorre que, em decorrência do desenvolvimento das relações sociais, do alargamento da função e das responsabilidades do Estado, foi necessário um desenvolvimento teórico e prático de uma nova concepção de tutela de interesses capaz de contemplar instrumentos hábeis à proteger esses interesses coletivos (BRANDÃO, 1996, p. 92).

Donizetti (2010, p. 196-197) destaca a importância dos direitos fundamentais de segunda geração para o fomento do estudo dos direitos transindividuais. Desenvolvidos após as revoluções liberais, momento em que se percebeu que a concepção do homem como indivíduo isolado não era suficiente, os direitos fundamentais de prestação positiva auxiliaram na visão de que também era necessário analisar a condição do homem como parte de um grupo, como parte integrante da sociedade. Foi esse cenário que também propiciou a discussão acerca do papel da jurisdição na resolução dos conflitos gerados pelas novas condições sociais.

Apesar de empiricamente ser possível afirmar que os direitos transindividuais sempre estiveram presentes na sociedade – afinal, sempre houve interesse ao meio ambiente equilibrado ou à moralidade administrativa – na ciência jurídica, o desenvolvimento e amadurecimento de uma teoria sobre os mesmos aconteceu tardiamente, impulsionada pelas características da sociedade de massa moderna. Portanto, quando do seu surgimento, a utilização das regras processuais civis foi necessária.

Para Zavaski (2009, p. 14-22) existem duas “ondas” que representam essa modificação social com implicações no panorama processual civil brasileiro. A primeira iniciada, em 1985, introduziu novos instrumentos regulamentadores de demandas de natureza coletiva, tutelando direitos transindividuais e, além disso, tutelando a própria ordem jurídica com maior amplitude. Essa onda reformadora foi inspirada por movimentos em igual sentido que ocorreram na Europa e nos Estados Unidos, onde se procurava aperfeiçoar as tradicionais regras processuais, naquele momento inaptas para a tutela de direitos coletivos, ampliando as condições de acesso à justiça. A segunda onda renovadora se deu em 1994, marcada por alterações no Código de Processo Civil, buscando maior efetividade ao processo, demanda exigida pela “sociedade com pressa”. Segundo o autor, as mudanças foram tão significativas que alteraram a estrutura do Código de 1973 como originalmente proposto, “moldada para atender demandas entre as partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais”, as quais não mais representam a realidade do processo civil nacional.

Os reflexos dessa evolução são sentidos atualmente. Assim, modernamente, a tutela jurisdicional dos bens transindividuais é feita por meio de diferentes instrumentos, a exemplo das ações coletivas (fruto essencialmente da primeira onda renovatória acima citada), bem como a partir do julgamento de casos repetitivos e através de decisões vinculantes de Tribunais Superiores (modificações processuais decorrentes da segunda onda supra), como se verá a seguir.

### 2.2.1 Ações coletivas

Sob a influência da filosofia individualista, o Código de Processo Civil de 1973 foi estruturado pensando na proteção de direitos subjetivos individuais. Em regra, as demandas seriam promovidas individualmente pelo próprio titular do direito lesado, salvo nos casos de substituição processual (art. 6º, CPC/73).

No entanto, a sociedade moderna passa por avanços cada vez mais significativos e modificativos do sistema social, especialmente se comparados à lógica individualista. Entre eles, destaca-se a existência de relações sociais intersubjetivas cada vez mais complexas, envolvendo diversos sujeitos. O sistema processual civil, portanto, precisou se adaptar a esta realidade, visto que a defesa individual e reparatória prevista no Código de 1973 não mais respondia às necessidades da sociedade atual. Da mesma forma, atualmente há a preocupação em proteger direitos antes mesmo de haver violação, superando a visão clássica do processo civil individual. Ou seja, não se fala apenas em reparação, mas também em proteção de direitos abstratamente verificáveis (ZAVASKI, 2009, p. 14).

Assim, pode-se dizer que o desenvolvimento teórico acerca dos direitos transindividuais, a insuficiência do sistema processual civil revelou a necessidade de criação de um sistema hábil a tutelar os novos direitos de forma adequada, e iniciou-se um movimento de criação legislativa de institutos capazes de tutelar direitos coletivos<sup>21</sup>.

A regulamentação normativa brasileira pôde se beneficiar da experiência estrangeira, uma vez que alguns países, já tendo reconhecido a necessidade de criação de modelos especiais para a tutela coletiva, desenvolveram, de maneira distintas, sistemas de proteção de direitos transindividuais.

Nos Estados Unidos da América é vasta a experiência com as *class actions*, considerado o modelo base para o sistema de tutela coletiva brasileiro, cujo escopo principal

---

<sup>21</sup> Nas palavras de Cappelletti (1994, p. 3): “O expediente *da class action* reconhecidamente rompe com alguns dos tradicionais, milenares princípios do processo civil”.

era a garantia do acesso à justiça e a economia processual. O desenvolvimento do modelo alemão da *Verbandsklage* no continente europeu se deu de maneira diversa, tendo ainda objetivos distintos: nesse caso as maiores preocupações dizem respeito à questões como a segurança necessária às condenações diante do usual impacto econômico e social das condenações em processos coletivos e o combate às potenciais demandas temerárias (BRANDÃO; CARDOSO, 2016, p. 78-80).

Embora não caiba no escopo do presente trabalho a análise das características desses modelos de tutela coletiva, é importante perceber que o sistema jurídico brasileiro se beneficiou das experiências normativas de diversos países<sup>22</sup>, não incorporando totalmente um modelo, mas adaptando as regras desenvolvidas no exterior para a realidade nacional<sup>23</sup>.

Assim, o modelo brasileiro, como se verá na sequência, desenvolveu-se de maneira bastante particular, podendo ser considerado como um “terceiro modelo” (ZANETTI JUNIOR, 2014), diferenciando-se do seu modelo base quanto à questões características como a relação com o interesse público, a não taxatividade de direitos e atipicidade de ação<sup>24</sup>.

Assim, ainda que não haja no País um sistema processual coletivo codificado, existem regras no ordenamento jurídico – consubstanciadas principalmente nas normas constitucionais, e na Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor – que são aplicadas especialmente para os casos de lides envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A este conjunto de normas a doutrina<sup>25</sup> usualmente chama de *Microssistema Processual Coletivo*<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre o assunto, resumiu Roque (2010, p. 1): “Como se sabe, as ações coletivas brasileiras derivam de forma indireta das class actions americanas, a partir dos estudos empreendidos por importantes autores italianos durante os anos setenta”.

<sup>23</sup> Gidi (2008, p. 34) atestou o pioneirismo da norma coletiva brasileira: “O legislador e doutrinador brasileiro devem ser congratulados por terem criado, com base em informação assim deficiente, um monumento legislativo e acadêmico de tutela dos direitos de grupo em juízo (principalmente LACP e CDC). O Brasil é pioneiro entre os países de *civil law*, na tutela coletiva”.

<sup>24</sup> Sobre a tutela coletiva brasileira, Zanetti Junior e Ferraz (2012, p. 5) ainda dizem: “A legislação brasileira não pode ser considerada como situada entre uma e outra doutrina, pois se percebe claramente que o legislador pátrio, percebendo a pertinência da sugestão advinda do Projeto Florença, não trouxe uma nova alternativa intermediária, mas criou um modelo que mistura ambos os sistemas de legitimação, de modo a privilegiar órgãos públicos e privados, com a intenção de tornar a tutela coletiva a mais ampla e efetiva possível. Portanto, mais correto seria afirmar que o Brasil criou um sistema que reúne em um só tempo tanto a doutrina da *parens patriae*, quanto a do *private attorney general*, seguindo a linha dos resultados do Projeto Florença”.

<sup>25</sup> Não apenas o meio acadêmico fala do microssistema processual coletivo. De igual forma, os tribunais também tem aplicado a nomenclatura na prática judiciária. Como exemplo, cita-se o reconhecimento de um “microssistema de tutela dos interesses transindividuais” composto pelas normativas da “lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso” feita pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 510.150/MA, julgado em 17/02/2004 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 510.150/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 17/02/2004).

<sup>26</sup> Existem outras normas, como por exemplo, Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), Lei

As ações coletivas estão inseridas no contexto desse microsistema, embora sua conceituação varie, dependendo da interpretação e teoria adotada por diferentes pesquisadores.

Assim, o termo ação coletiva é definido por Gidi (1995, p. 16) como aquela “proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”.

Por sua vez, Didier Junior e Zaneti Junior (2016, p. 3) divergem quanto à inclusão das características de legitimidade e coisa julgada no conceito de ação coletiva, defendendo a ideia de que a ação coletiva será aquela que tiver como questão principal do processo a situação jurídica coletiva.

Ainda que não haja definição normativa sobre o termo “ação coletiva”<sup>27</sup>, se fixou no Brasil o entendimento de que elas envolvem os instrumentos legalmente previstos de tutela de situações jurídicas coletivas, como aquelas integrantes do microsistema processual coletivo acima referidos. Ou seja, as ações coletivas tutelam a coletividade em diferentes graus, a depender da espécie de direito coletivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se na ação popular o instrumento pioneiro de tutela coletiva. Nesse sentido, ela é também um exemplo de como direitos transindividuais estiveram presentes na sociedade, mesmo antes da positivação desses.

Isso porque a ação popular tem origem nas *actiones populares* romanas, as quais se destacavam pela diferença substancial com as regras – em especial de representação – da *actio romana*<sup>28</sup>. Elas permitiam ao cidadão a perseguição de um fim voltado à proteção dos

---

10.257/2001 (Estatuto da Cidade), Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que tratam, em algum grau, de direitos coletivos. No entanto, por terem seu âmbito de atuação mais específico, não são usualmente citadas pela doutrina como integrantes desse conjunto processual, e portanto, não serão objeto do presente trabalho. Zavaski (2009, p. 93-225) cita ainda a ação de improbidade administrativa como meio de tutela do direito transindividual à probidade e à atuação do Ministério Público em razão de suas atribuições funcionais, classificação que merece menção, e embora tais ideia sejam abordadas ao longo do trabalho, não serão creditadas com tópicos específicos.

<sup>27</sup> Nesse sentido, Manuso (2008, p. 38) diz que as “ações de tipo coletivo” englobam a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, as ações de controle de constitucionalidade, entre outras. Freddie Didier Junior e Zaneti Junior (2016, p. 2-3), como se verá a seguir, classificam as primeiras, juntamente aos casos repetitivos, como forma de tutela via “processo coletivo”, sem mencionar as formas de controle de constitucionalidade. Portanto, salienta-se mais uma vez a divergência na classificação feita pela doutrina nacional, embora tais diferenças tragam poucas consequências práticas, justificando, assim, a divisão dos tópicos 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3.

<sup>28</sup> Não cabe o aprofundamento teórico acerca da *actiones populares*. Algumas considerações feitas por Roque (2010, p. 2), merecem destaque: o termo “englobava um conjunto variado de ações cuja característica diferenciada permitia que qualquer cidadão ingressasse em juízo, ainda que não tivesse no assunto um interesse pessoal direto”, tornando-se exceção à regra da legitimação individual já existente à época, a qual exigia a demonstração de interesse pessoal daquele que demandava. Ademais, o surgimento de um sistema de tutela coletiva em uma realidade individualista como a de Roma pode ser explicado pelo fato de que a noção de Estado como hoje concebido é sensivelmente distinta daquela época. Logo, se os bens públicos não pertenciam ao

bens de uso comum, de proveito geral. A ideia, já à época, é de que os direitos ali perseguidos transitavam entre o privado e o público (MANCUSO, 2008, p. 46-48).

No Brasil, o primeiro diploma legal que tratou do tema de forma explícita foi a Constituição de 1934, criando a ação popular, por meio da previsão em seu art. 113, item 38. No entanto, além de ter, à época, recebido protestos em sua fase legislativa, essa nova norma constitucional não foi bem recepcionada pelo Judiciário (MANCUSO, 2008, p. 67-68).

Excluída do texto constitucional de 1937, note-se, durante período ditatorial do Estado Novo, foi reinserta no art. 141, § 38 da Constituição de 1946, com a ampliação do seu objeto para incluir a tutela de atos lesivos da administração indireta. Ela foi mantida na Constituição de 1967 (art. 150, § 31), com a redação alterada prevendo expressamente o nome “ação popular”, o que foi também mantido após a Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Atualmente, é regida pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LXXIII) com regulamentação pela Lei nº 4.717/1965<sup>29</sup>.

Seu cabimento decorre do dispositivo constitucional e do art. 1º, da Lei nº 4.717/1965: o objetivo da ação popular, assim, é o pleito de anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, bem como ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Como se vê, o objeto protegido por esse instrumento é de ordem transindividual, intimamente relacionada aos direitos difusos.

Em outras palavras, a ação popular é um meio constitucional à disposição dos cidadãos para obtenção da invalidação de atos administrativos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público, seja no âmbito federal, estadual e municipal, da administração direta e indireta (MEIRELLES, 2011, p. 1).

Pode se compreender, assim, como a forma originária de tutela daqueles direitos e interesses da coletividade que não poderiam, naquele período jurídico, ser protegidos através das regras tradicionais de processo, tendo por objeto direito tipicamente transindividual, muito antes de ser positivada a classificação dos direitos coletivos no ordenamento jurídico nacional.

---

Estado, e sim à coletividade, cabível a criação de um instrumento em que os cidadãos pudessem ingressar em juízo para defesa de tais bens coletivos. Por fim, haviam regras rudimentares sobre coisa julgada e representatividade adequada.

<sup>29</sup> Grinover et al (2015, p. 7) abrevia da seguinte forma: “Esse longo instituto, com assento em várias das constituições brasileiras, inclusive na vigente, permite ao cidadão, em legitimação individual, postular em juízo a nulidade e o ressarcimento de atos lesivos ao patrimônio público. Como referido, a Lei 4.717/1965 foi modificada, em 1977, para aumentar sua abrangência, passando a permitir a defesa judicial não apenas de bens do Estado - seu objetivo inicial -, mas, também, de outros bens, como o patrimônio histórico e cultural, desde que lesados ou ameaçados por ato do poder público. A constituição vigente acabou por ampliar ainda mais a abrangência desse instituto (incluindo o meio ambiente), consolidando-o entre os direitos e garantias constitucionais nela previstos (art. 5º, LXXIII)”.

A Lei da Ação Popular possui ainda diversas previsões que adequam os requisitos processuais às necessidades da tutela de direitos transindividuais, como a legitimidade para ação.

Assim, a parte legítima<sup>30</sup> para ingressar com ação popular é o cidadão, que atua sem o objetivo de alcançar benefício pessoal. O alvo é a defesa do patrimônio público, direito pertencente à coletividade e de interesse do próprio Estado (TESHEINER, 2011, p. 1).

Há previsão expressa da possibilidade de habilitação de qualquer outro cidadão como litisconsorte ou assistente (art. 6º, § 5º, Lei da Ação Popular), bem como da participação obrigatória do Ministério Público (art. 6º, § 4º).

Adaptações foram feitas também em relação às custas, isentas no caso de condenação (art. 10 e 12), a execução da sentença condenatória, que poderá ser feita pelo Ministério Público (art. 16), bem como a coisa julgada, que será *erga omnes* (art. 18), exceto no caso de improcedência por falta de provas.

Em resumo, a utilização desse remédio constitucional para a tutela de direitos supraindividuais<sup>31</sup> está vinculada ao seu cabimento contra atos lesivos da administração, portanto, ambiente vasto e atinente especialmente ao âmbito de atuação de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a desvinculação necessária à reparação pecuniária, o interesse público e coletivo buscado pelo provimento jurisdicional e a extensão subjetiva da coisa julgada do processo, atendendo aos anseios da titularidade abstrata dos direitos transindividuais (MOREIRA, 2011, p. 1-6).

Apesar da importância histórica e normativa da ação popular, foi apenas no final da década de 1980 que surgiram os instrumentos normativos responsáveis pela principal sistematização da tutela coletiva no Brasil, especialmente a Lei da ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, em 1985 com a edição da Lei nº 7.347/1985 disciplinando à ação civil pública, o país deu início a uma forte modificação estrutural no que tange a tutela de direitos

---

<sup>30</sup> O enquadramento da legitimação do cidadão na ação popular é complexa, existindo defensores da posição da sua atuação como substituto processual bem como aqueles que advogam pela teoria de atuação como legitimado ordinário. Há ainda uma terceira corrente que defende a atuação do cidadão enquanto “agente especialmente credenciado, *ex lege*, à condução do processo” (MANCUSO, 2008, p. 197-206). O certo é que a legitimidade da Ação Popular é *sui generis*, e portanto não pode olvidar-se da leitura das previsões normativas.

<sup>31</sup> No âmbito da atuação do Poder Judiciário, Moreira (1982, p. 3) cita decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda na década de 1970, que julgou procedente a ação popular que visava anular resolução de uma Câmara Municipal “que autorizará, sem limites, a extração de madeira em floresta protetora de nascentes de água indispensáveis ao abastecimento da população da cidade”. Segundo o autor, a decisão foi importante para a expansão da leitura da Ação Popular, por permitir a sua atuação diante de ato emanado por órgão legislativo e interpretar de forma ampla o art. 1º, da Lei nº 4.717/1965, ou seja, do cabimento da AP. Tratou-se, portanto, de um exemplo de tutela de direitos difusos por meio dessa ação coletiva.

transindividuais. Esse regulamento foi marcante para o desenvolvimento legislativo da tutela coletiva no Brasil, pois foi ele quem primeiro tratou – ainda que de forma tímida – de assuntos como legitimidade ativa, coisa julgada, litispendência com ações individuais e limites territoriais da sentença (MANCUSO, 2007, p. 37).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, pode-se ver um maior interesse do legislador pela tutela coletiva processual, uma vez que o tema teve seu espaço ampliado no texto constitucional. Dois anos mais tarde, com a promulgação da Lei 8.078/1990, pode-se falar precisamente em uma sistematização da tutela coletiva no Brasil, com a conceituação dos direitos que integram esse sistema – já referidos no tópico 2.1 –, mas que ainda não continham descritas suas características, na Lei da ação civil pública ou na Constituição Federal de 1988 (BORBA, 2008, p. 57).

A ação civil pública surgiu como meio à disposição de um certo rol de legitimados para a tutela de direitos transindividuais. O Código de Defesa do Consumidor<sup>32</sup>, por sua vez, ao esquematizar a proteção em juízo desses mesmos direitos, utilizou a expressão “ações coletivas”. Daí se depreende que a ação civil pública é uma espécie de ação coletiva<sup>33</sup>, assim com a ação popular e o mandado de segurança coletivo, assim como a ação civil coletiva de que trata o art. 91, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (MAZZILI, 2011, p. 73-74).

As previsões expressas de aplicação de normas do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Da Defesa do Consumidor em Juízo) à Lei da ação civil pública – art. 90, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e art. 21, da Lei da ação civil pública – mostram a estreita integração entre os dois diplomas legais no tocante à tutela coletiva.

Esse sistema de tutela coletiva criou regras processuais específicas, adaptando o processo civil clássico às necessidades impostas pelas características distintas dos direitos transindividuais.

---

<sup>32</sup> A da regulamentação das Ações Coletivas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi historicamente tão importante que tornou-se digna de nota em texto de Cappelletti (1994, p. 3), no sentido de valorizar a regulamentação coletiva brasileira, em especial dentre os países de *civil law*: “Entre semelhantes expedientes inclui-se a *class action*, especialmente importante nos Estados Unidos, mas também alhures, no mundo do *Common Law*. Nos países de *Civil Law* raramente se adota esse expediente: uma recente exceção é a possibilidade da *class action* contemplada pelo novo Código de Proteção do Consumidor no Brasil”.

<sup>33</sup> Para Sica (2016, p. 2) “parece claro que o objetivo de cada uma dessas técnicas de tutela coletiva é diverso. No primeiro caso, o foco é a ampliação do acesso à justiça, para a ela trazer litígios que não poderiam ser tratados por meio das técnicas de tutela individual. No segundo caso, o foco é a redução do acesso individual à justiça, substituindo-o pela tutela coletiva”.

A primeira delas diz respeito a legitimidade ativa. Em razão da transindividualidade dos direitos difusos e coletivos, bem como a impossibilidade de tutela homogênea de direitos individuais via as regras gerais de capacidade e legitimidade processual<sup>34</sup>, o microsistema de processo coletivo prevê um rol de entidades legitimadas a atuar em juízo (art. 82, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e art. 5º, da Lei da ação civil pública). Sobre essa legitimação, Grinover et al (2015, p. 7) ensina que

De maneira igualmente importante, a disciplina legal desse instrumento processual estabeleceu uma importante e peculiar estratégia de legitimação processual. Embora deixe de contemplar a legitimação individual dos interessados para defesa coletiva, o que pode ser visto como uma limitação, a Lei da Ação Civil Pública permite a defesa dos interesses tipificados por associações civis, por entidades públicas, pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público (...)Esse instituto veio, igualmente, a ser constitucionalizado (art. 129, III).

Embora a ação coletiva de que trata o Código de Defesa do Consumidor tenha área de aplicação reduzida, visto tratarem “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos” (art. 91, Código de Proteção e Defesa do Consumidor) e da “responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços” (art. 101, Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a Ação Civil Pública é cabível no caso de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, bem como “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, pelo que seu âmbito de aplicação se torna bastante vasto (art. 1º, da Lei da ação civil pública). Por sua vez, o rol de legitimados à ação civil pública é também maior se comparado ao rol da ação coletiva do diploma consumerista.

A Lei da ação civil pública trata ainda especificamente de outras matérias processuais, como a titularidade do Ministério Público para assumir ação no caso de desistência infundada de associação legitimada (art. 5º, § 3º), litisconsórcio ativo (art. 5º, § 4º), possibilidade de tutela liminar (art. 12), isenção de custas salvo caso de má-fé (art. 18), destinação da condenação em dinheiro (art. 13), dentre outros.

De igual forma, em decorrência da natureza transindividual e coletiva dos direitos protegidos pelas ações coletivas, pouca utilidade teria o uso de regras de coisa julgada do processo clássico<sup>35</sup>. Assim, no art. 103, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no

---

<sup>34</sup> A regra do processo civil é a da atuação de um interessado na qualidade de parte para a obtenção de direito próprio, como se depreende da redação do art. 6º, CPC/73 e art. 18, CPC/15.

<sup>35</sup> Fala-se aqui da coisa julgada segundo art. 6º, § 3º, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, chamada “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. A coisa julgada alcança as partes que discutiram o processo. No caso dos direitos transindividuais, cuja titularidade é exercida em juízo pelos legitimados à

art. 16, da Lei da ação civil pública, é possível encontrar regras específicas a serem utilizadas após o trânsito em julgado das respectivas ações coletivas, dependendo ainda do resultado do processo e do direito coletivo ali tutelado.

Dessa maneira, a coisa julgada será *erga omnes* quando tratar de direitos difusos, e *ultra partes* para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. No entanto, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas, em ambas as hipóteses será facultado a outro ente legitimado, portanto novas evidências, ingressas com nova ação, independentemente da coisa julgada.

No caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também será *erga omnes*, mas apenas na hipótese de julgamento procedente do pedido, beneficiando todos os sujeitos individuais que se enquadrem na categoria do art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O objetivo dessas regras é a aplicação isonômica do direito e a econômica processual, visto que sem a possibilidade de trânsito em julgado de uma única sentença que será aplicável à coletividade, seria necessário ingressar-se com diversas ações civis para obtenção de título executivo, correndo risco de prolações de sentenças distintas e portanto, direta violação à segurança jurídica.

Assim, a extensão ampla dos efeitos das sentenças coletivas e as suas respectivas regras acerca da coisa julgada criam um método de uniformização da jurisprudência, “necessário para que seja possível a consideração de uma solução adequada de modo evitar situações discrepantes, respeitando-se os princípios da legalidade e da isonomia, pilares da civilização moderna” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 114).

O art. 16 da Lei da ação civil pública trazia limitação territorial<sup>36</sup>, medida que limitava a efetividade das ações coletivas, especialmente se considerada a sua complexidade. Embora o dispositivo tenha sido relativizado pelas Cortes nacionais, tendo atualmente sido pacificando o entendimento de que não existe limitação dos efeitos da sentença em razão do território<sup>37</sup>, a própria existência de tal previsão legal é um importante elemento a demonstrar o

---

propositura das ações coletivas, não faria sentido que os efeitos da decisão não alcançassem o grupo por ele representado, pelo que necessário a criação de regras específicas para o alcance da coisa julgada coletiva.

<sup>36</sup> A codificação processual coletiva proposta por Gidi (2008, p. 25) tem como um de seus objetivos justamente “corrigir os erros e discrepâncias jurisprudenciais, esclarecer as ambiguidades da lei e contratacar os golpes que o governo brasileiro tem desferido contra o processo coletivo, principalmente a limitação territorial da coisa julgada coletiva”.

<sup>37</sup> No caso do Recurso Especial nº 1.243.887 – PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97” (BRASIL, 2001). Novamente se manifestou nos Embargos de divergência em RESP nº 1.134.957 – SP (BRASIL, 2016, p. 11), onde o Superior Tribunal de Justiça “consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante”.

que existem elementos contrários ao desenvolvimento da tutela adequada aos direitos transindividuais. O apego às regras clássicas do processo civil que militam em desfavor da necessidade de adequação das técnicas processuais necessárias ao devido tratamento dos direitos transindividuais precisam ser superadas.

Sendo assim, a interpretação mais moderna dos objetivos das ações coletivas não mais suporta o entendimento de que seria possível a cisão dos efeitos da sentença coletiva, limitando-a a competência territorial do órgão prolator<sup>38</sup>.

Merecem destaque também as previsões legais acerca do mandado de segurança coletivo, regulamentado especificamente nos arts. 21-22 da Lei nº 12.016/2009, que tem por objeto especificamente os direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, com âmbito de aplicação mais específico, ou seja, na defesa de interesses legítimos de partido político com representação no Congresso relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, bem como em defesa de direitos líquidos e certos pertinentes as finalidades da totalidade ou de parte dos membros ou associados de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano. Tal normativa é também exemplo da adaptação legal de instituto criado sob a lógica individual, o mandado de segurança.

Por fim, a Lei de improbidade administrativa também é exemplo de normativa específica criada para defesa de interesses difusos, visto ser cabível para a tutela da moralidade administrativa, incluindo lesão ao patrimônio público.

As ações coletivas são assim o meio propício à tutela jurisdicional de direitos coletivos, visto terem sido criadas pensando-se na necessidade de adaptação das regras processuais à lógica coletiva, tendo como objetivo a melhor aplicação do direito material, de forma isonômica e efetiva.

### **2.2.2 Julgamento de casos repetitivos**

Além da tutela jurisdicional de direitos transindividuais por meio das ações coletivas, desenvolvidas especificamente para esse fim, o processo civil nacional comum

---

<sup>38</sup> Segundo voto da relatora do ERESP nº 1.134.957 – SP, Ministra Laurita Vaz (BRASIL, 2016, p. 11): “E, realmente, é assim que deve ser entendido, pois se admitirmos a limitação os efeitos da decisão proferida em sede de ação coletiva circunscritos somente aos limites territoriais que compreende a competência do juízo prolator, estaremos desvirtuando a natureza da ação e o que é mais grave, dividindo, cindindo o direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, como se isto fosse possível, criando, assim, um direito regional”.

conta atualmente com alguns mecanismos que tutelam, de forma indireta, situações jurídicas coletivas.

Assim, segundo Didier Junior e Zaneti Junior (2016, p. 2-3), a tutela de situações jurídicas coletivas, além de dispor das ações coletivas, pode ser realizada por meio do julgamento de casos repetitivos. Ambos os instrumentos, para os autores, integram, então, o grupo de “processos coletivos”, assim entendidos:

processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processos que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 2).

Apesar de não haver consenso quanto à nomenclatura e classificação dos instrumentos processuais coletivos, é certo que por meio casos repetitivos é possível tutelar direitos transindividuais. Segundo o Código de Processo Civil (art. 982, CPC), encontram-se nessa categoria os recursos especiais e extraordinários repetitivos e do recentemente criado Incidente de resolução de demandas repetitivas.

Os recursos excepcionais, cujas hipóteses de cabimento são tratadas nos arts. 102, inciso III e art. 105, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988, com regulamentação no Código de Processo Civil, tratam da ofensa direta ao direito positivo – constitucional ou infraconstitucional – tendo por objetivo a unificação da interpretação e aplicação da lei no ordenamento jurídico nacional (DONIZETTI, 2011, p. 760).

Enquanto os recursos ordinários – como apelação e agravo – visam ao reexame da matéria discutida no processo, funcionando como verdadeiro sucedâneo recursal voltado ao exame de provas e discussão de questões de fato, os recursos excepcionais não são considerados terceiro grau de jurisdição. Diferenciam-se daqueles justamente por tratarem-se de “recursos de fundamentação vinculada por meio dos quais se tutela o sistema, o direito objetivo” (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 691).

Ao passo que o recurso extraordinário<sup>39</sup> é herança de passados textos constitucionais, o recurso especial nasceu com a criação do Superior Tribunal de Justiça com a Constituição Federal de 1988, destinado à desafogar o crescente números de processos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, ocupando-se da uniformização do direito infraconstitucional, deixando ao Supremo a responsabilização pela interpretação

---

<sup>39</sup> No texto constitucional, a expressão apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, artigo 76, item 2, inciso III, sendo que as atribuições do recurso eram ainda maiores, em decorrência da inexistência de uma corte superior voltada ao julgamento de recursos com alegação de ofensa à lei infraconstitucional.

constitucional. Assim, o recurso especial analisa ofensa à lei federal, verificando “o apreço dispensado pelos Tribunais locais ao direito federal”, não apenas a sorte dos litigantes (PORTO; USTÁRROZ, 2008, p. 238-239).

Tal tutela objetiva e função interpretativa do direito a partir dos recursos extraordinário e especial já podem, de certa forma, ser considerada uma maneira de tutelar a coletividade através do processo jurisdicional, uma vez que a correta e isonômica interpretação e aplicação do direito são do interesse coletivo. Mas o desenvolvimento teórico e prático dos institutos aumentou a influência e aplicabilidade dos recursos excepcionais.

Isso porque, não obstante a função interpretativa do recurso extraordinário, a cultura demandista nacional fez com que se mantivesse o crescente número de recursos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, tendo o Superior Tribunal de Justiça vivenciado situação semelhante através da sistemática do recurso especial. Assim, a Emenda Constitucional nº 45/04, responsável pela atualização do sistema judiciário brasileiro, criou o instituto da repercussão geral da matéria constitucional como pressuposto para admissão do recurso extraordinário. Regulamentada pela Lei nº 11.418/2006, a qual também instituiu o regime de processamento de recursos extraordinário repetitivos, foi procedida pela Lei nº 11.672/2008, criando-se estrutura similar para os recursos especiais (DIAS, 2016, p. 232-234).

De certa forma, ambas as novidades normativas supracitadas – a repercussão geral do recurso extraordinário e a sistemática de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos – auxiliam na tutela jurisdicional coletiva.

A primeira delas, mais do que uma tentativa de conter o acesso irrestrito aos tribunais superiores, funciona como forma de preservar a competência do Supremo Tribunal Federal para análise de casos que efetivamente transcendem o interesse subjetivo do litigante (BAHIA; HENRIQUES, 2016, p. 9). Esse exame é feito pelo próprio Supremo, que pode deixar de apreciar o mérito do recurso se entender que o mesmo é desprovido de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 1035, §§ 1-2º, do Código de Processo Civil).

Sobre a repercussão geral, diz Donizetti (2011, p. 762-763) que, tornando-se requisito específico do recurso extraordinário, algumas questões relevantes do ponto de vista econômico e político já tutelaram a ordem jurídica transindividual, como a possibilidade de

antecipação terapêutica do parto quando feto é anencéfalo, incidência de tributos em operações praticadas no território nacional<sup>40</sup>, e outros.

Nesse sentido, para juristas nacionais como Wambier, Wambier, Medina (2005, p. 104), as ações coletivas tem pressuposta a relevância social para fins de repercussão geral, “só pelo fato de serem coletivas”. De igual forma, a repercussão econômica também pode ser sensivelmente atribuível a exemplos envolvendo direitos que afetem diretamente à coletividade, como ações sobre o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais.

A importância transcendente às subjetividades do litígio original para a análise da repercussão geral é tão relevante que o desinteresse da parte com o julgamento até mesmo por meio da desistência do recurso não impede a análise da repercussão geral (art. 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Tal exceção à regra do *caput* do artigo se dá justamente pelo interesse social e coletivo da matéria, impedindo que a vontade do recorrente possa privar a coletividade do julgamento da matéria pelo Supremo.

As leis supracitadas foram também responsáveis pela ampliação normativa do impactos dos recursos, uma vez que as decisões de reconhecimento da repercussão geral em um determinado recurso valeria para os demais apelos que versassem sobre a mesma questão constitucional (art. 543-A, § 5º, CPC/73).

Dessa maneira, o recurso extraordinário tornou-se cada vez mais um instrumento de tutela de situações jurídicas coletivas, sendo cabível apenas para os casos de relevância social e jurídica, possuindo efeitos interpretativos e expansivos.

Por sua vez, os recursos repetitivos foram criados para os casos em que houver “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito”, quando se dará afetação para julgamento único (art. 1.036, do Código de Processo Civil). Após a seleção dos casos representativos da controvérsia e suspenso o trâmite dos casos semelhantes – sejam individuais, sejam coletivos – (art. 1.037, do Código de Processo Civil), caberá aos órgãos colegiados decidir sobre o incidente, aplicando a tese firmada (art. 1.039, do Código de Processo Civil), cabendo a aplicação da tese a todos os demais casos sobrestados (art. 1.040, do Código de Processo Civil).

Tal sistemática foi criada com o objetivo de proporcionar economia processual e isonomia na aplicação do direito. Os repetitivos previnem a subida de recursos, os quais

---

<sup>40</sup> Exemplificativamente cita-se ainda o Recurso Extraordinário 566.471, onde foi reconhecida a repercussão geral da matéria versada no processo, relativo à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

permanecem nos tribunais de origem aguardando o posicionamento dos Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, momento em que a tese será aplicada de forma equitativa no território nacional. Para tanto, a representatividade dos recursos-amostra é fundamental para uma solução adequada (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 698-699). O procedimento estabelecido na lei, portanto, determina a seleção um recurso “representativo da controvérsia”, sobrestando-se os demais.

Ainda no regime do Código de Processo Civil de 1973, a aplicação da tese jurídica no caso dos repetitivos fazia com que o julgamento de um único recurso extraordinário ou repetitivo tivesse influência e aplicação direta aos outros apelos com semelhante questão de direito (art. 543-B e 543-C, CPC/73).

No entanto, com o nova normativa do Código de Processo Civil de 2015, a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores em sede de recurso extraordinário e recurso especial foi significativamente ampliada, atribuindo-se força vinculante aos julgamentos (DIAS, 2016, p. 242-243). É o que se depreende dos arts. 1039 e 1040 do Código de Processo Civil, os quais permitem a aplicação da tese de maneira direta pelo órgão colegiado do tribunal *ad quem* aos recursos afetados, determina que o tribunal *a quo* reexamine os processos em que os acórdãos recorridos forem contrários à decisão do tribunal superior, e até mesmo no caso de processos suspensos, ainda sem julgamento, a retomada do curso do processo pressupõe a aplicação da tese do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A existência de tais recursos no sistema jurídico se justificam especialmente diante de circunstâncias em que são cabíveis, as quais vão para além da justiça ou injustiça da decisão. Por esta razão, o papel dos recursos extraordinários supera o interesse das partes atuantes no processo de origem, prestando-se à harmonização a aplicação do direito, mediante a elaboração de “precedentes que outorguem unidade ao direito mediante a afirmação do sentido da Constituição ou que desenvolvam o sentido da Constituição” (MARINONI, 2015, p. 6). Em outras palavras, a retirada de decisões conflitantes do ordenamento através da homogeneização da interpretação pelos Tribunais Superiores aperfeiçoa o sistema jurídico, auxiliando também no aprimoramento da tutela coletiva, seja pela própria interpretação vinculante, seja pelo julgamento através do regime dos repetitivos.

O Código de Processo Civil de 2015, além de manter a sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivo, destinando capítulo próprio ao tema (arts. 1036-1041, do Código de Processo Civil) e expandir os efeitos do julgamento do recurso, foi responsável pela criação de um novo instituto do processo civil, o incidente de resolução de demandas

repetitivas (arts. 976-987, do Código de Processo Civil)<sup>41</sup>, unificando ambos como integrantes do sistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928, do Código de Processo Civil).

Mendes e Temer (2015, p. 3) entendem que o incidente de resolução de demandas repetitivas como “técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados”, sendo ancorada em três princípios básicos: “o princípio constitucional da isonomia, que exige o tratamento uniforme dos litígios isomórficos, a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável”.

Quanto à possibilidade de tutela coletiva através do incidente de resolução de demandas repetitivas, João (2018, p. 154) diz que o incidente “é considerado como uma espécie de instrumento da tutela processual coletiva, pois, através dele, se busca a definição de uma tese única em um processo previamente definido, a qual será levada a todas as ações individuais que estão suspensas”.

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é cabível quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e no caso de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, do Código de Processo Civil).

Embora as hipóteses de cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas não coincidam necessariamente com as possibilidades de tutela coletiva via ações coletivas – ou seja, existem situações tuteladas unicamente via ação coletiva<sup>42</sup> e outras onde só é possível a resolução por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>43</sup> –, é fácil perceber como existem áreas convergentes entre elas.

Assim, ainda que seja cabível incidente de resolução de demandas repetitivas para tutelar processos repetidos discutindo determinada controvérsia prescricional – note-se, irrelevante a afetação de direitos coletivos –, também é possível a instauração do incidente para a tutela de situações jurídicas coletivas perseguidas via diversos processos individuais. Essa última situação se verifica especialmente quando se trata de direitos individuais

---

<sup>41</sup> Para Mendes e Temer (2015, p. 3) “no cenário brasileiro, diversos mecanismos processuais foram estruturados e inseridos por meio de reformas pontuais em leis extravagantes e no CPC/1973, visando racionalizar e aperfeiçoar o julgamento das causas repetitivas (...). O incidente de resolução de demandas repetitivas foi desenvolvido a partir de inspirações do direito comparado (...). Inserido no novo Código de Processo Civil, assumiu características de alguns dos institutos já vigentes sob a égide do CPC/1973, notadamente dos recursos especial e extraordinário repetitivos, adaptando-se à realidade brasileira”.

<sup>42</sup> No caso de ocorrência de fato único – diga-se, não há repetição – gerador de danos ao meio ambiente, por exemplo.

<sup>43</sup> No caso, por exemplo, onde houver múltiplos processos que contenham controvérsia sobre uma determinada questão processual.

homogêneos, justamente pelas suas características de titularidade individual e disponibilidade, mas também para direitos coletivos *stricto sensu*, também beneficiada pela titularidade determinada. Mas também é possível a tutela de direitos difusos.

Exemplo dessa conjuntura já são verificáveis na prática forense. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o primeiro incidente julgado foi o incidente de resolução de demandas repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/50000<sup>44</sup> que tratou do tema de dispensação de medicamentos e terapias pelo Sistema Único de Saúde, portanto, dispondo sobre saúde, direito difuso. Ademais, o incidente de resolução de demandas repetitivas 1000576-74.2016.8.24.0000<sup>45</sup> diz respeito a incidência de imposto de renda sobre verba de indenização por tempo de serviço dos policiais civis e militares do estado, portanto, direito coletivo *stricto sensu*. Esse mesmo Tribunal conta com outros exemplos de pedido de instauração do incidente – não instaurados por falta de controvérsia ou risco à isonomia – para tratar de matéria referente a direito de determinadas categorias (como servidores públicos, pescadores afetados por derramamento de óleo de empresa estatal), sendo exemplos de possível tutela de direitos coletivos via incidente de resolução de demandas repetitivas.

Entretanto, existem situações que não são passíveis de tutela através das ações coletivas, como aquelas não inclusas no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, mas podem ser resolvidas através do incidente de resolução de demandas repetitivas (JOÃO, 2018, p. 161). Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas ingressa no ordenamento jurídico como mais uma opção de tutela coletiva.

Didier e Zanetti Junior (2016, p. 3-4) concluem, assim, que existe convergência entre as ações coletivas e os institutos de casos repetitivos, cabendo, em diversas situações, a opção de utilização de ambas, a qual deve ser pautada pelo princípio da adequação e das definições estratégicas dos litigantes.

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas é similar àquele do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos<sup>46</sup>. Admitido o incidente, haverá suspensão dos processos pendentes – individuais ou coletivos – até o seu julgamento, quando será aplicada a tese jurídica decidida pelo Tribunal (art. 982 e 985, do Código de Processo Civil). Ambos os procedimentos admitem a possibilidade de intervenção

---

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. Julgado em 09/11/2016.

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1000576-74.2016.8.24.0000. Julgado em 25/04/2018.

<sup>46</sup> Contudo, o julgamento dos recursos repetitivos tem preferência sobre o julgamento do incidente, sendo incabível este último caso já afetado recurso para julgamento pelo regime dos repetitivos sobre a mesma matéria (art. 976, § 4º, do Código de Processo Civil).

do *amicus curiae* (art. 983 e art. 1.038, do Código de Processo Civil) e possuem objetivos semelhantes, ou seja, pronunciamento do órgão jurisdicional competente por meio de um único provimento aplicável a todos os demais casos similares (MEDINA, WAMBIER, 2011, p. 248-250).

É preciso destacar que, apesar da alta relevância dos efeitos das teses jurídicas fixadas nos recursos extraordinários, recursos especiais e incidentes de resolução de demandas repetitivas, as normas processuais pouco se preocuparam com a questão da representatividade adequada<sup>47</sup>. Assim, enquanto o Código de Processo Civil mencione a necessidade de “recursos representativos da controvérsia” (art. 1.036, § 1º) para a instauração dos recursos repetitivos, no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas não há regra alguma que estabeleça qualquer requisito acerca da representação do processo que lhe de origem<sup>48</sup>.

Ademais, as teses firmadas nos julgamentos repetitivos, segundo o art. 927, III, do Código de Processo Civil, deverão ser observadas necessariamente pelos tribunais, como forma de cumprimento dos precedentes e a fim de manter estável e uniforme a jurisprudência.

Além disso, o tratamento do incidente de resolução de demandas repetitivas como forma de tutela de situações jurídicas coletivas permite analisar a possibilidade de provocação jurisdicional por um número maior de agentes do que aqueles arrolados como legitimados das ações coletivas. Isso porque, no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, o pedido de instauração do procedimento será de realizado pelo juiz ou relator do processo na origem, pelas próprias partes ou pelo Ministério Público e Defensoria Pública (art. 977, do Código de Processo Civil).

A relevância dos casos repetitivos para a ciência processual civil pode ser facilmente verificável a partir da leitura de diversos dispositivos legais. É o que se percebe a

---

<sup>47</sup> Nesse sentido, disse Handel Martins Dias (2016, p. 247): “Frente a la repercusión sistémica que representa ese cambio de técnica procesal, el cual otorga eficacia vinculante expansiva a juicios de recursos extraordinario y especial por muestreos, es de fundamental importancia la definición de los procesos y de los recursos por los cuales se fijan las tesis jurídicas que se multiplican en todos los demás procesos que comprenden las mismas cuestiones de derecho. Sólo los procesos y los recursos que fueren, de hecho, representativos de la controversia pueden servir para la instauración del incidente de demandas repetitivas o para la afectación como repetitivos”.

<sup>48</sup> Há, contudo, regra que trata da participação: “O art. 983 do novo Código é um dos dispositivos mais importantes para assegurar a constitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Este dispositivo trata da participação democrática na formação da tese jurídica debatida nas demandas repetitivas. Trata, em suma, do contraditório como direito de influência para a formação da decisão judicial (...). A importância da ampla participação dos interessados nestes mecanismos decorre, então, do fato de sofrerem diretamente os efeitos daquela decisão, que terá força vinculante (conforme arts. 927, III, 988, IV, do CPC/2015)” (MENDES; TEMER, 2015, p. 13). Ressalta-se, contudo, que se tratam de preocupações distintas, e a tentativa de remediar a falta de requisitos de representatividade no incidente através da participação limitada do art. 983, CPC não deve ser tida como elemento suficiente a garantir a legitimidade da decisão, conforme será abordado no capítulo 4.

partir da desnecessidade de respeito à ordem cronológica para sentença (art. 12, § 2º, inciso II, CPC), a possibilidade de julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332, inciso II e III, CPC) e de negar provimento ao recurso (art. 932, inciso IV, alíneas “a” e “b”) que contrarie julgamento decorrente de casos repetitivos, a necessidade de observância de acórdãos resultantes de julgamentos de casos repetitivos pelos juízes e desembargadores (art. 927, inciso III, CPC).

Os casos repetitivos enquanto formas de tutela de ordenamento jurídico assemelham-se, em parte, à própria tutela de direitos individuais homogêneos, uma vez que ambos podem ser considerados formas de coletivização (ROQUE, 2014, p. 106). Assim, ainda que sejam ambos os institutos considerados recentes no histórico da ciência processual, é possível considerar que existe uma aposta nos recursos repetitivos e no incidente de resolução de demandas repetitivas como meios de tutelar a ordem jurídica, de maneira a garantir a igualdade e celeridade, aplicando a tese jurídica julgada pelo Tribunal à todos os processos, e assim, afetando a toda coletividade.

### 2.2.3 Decisões e súmulas vinculantes

A jurisprudência dos Tribunais Superiores também pode ser considerada forma de tutela de direitos coletivos *lato sensu*<sup>49</sup>.

Nesse sentido, ainda que toda tese fixada em qualquer decisão de Tribunal Superior deva ser respeitada e aplicada pelos demais tribunais e juízes de primeiro grau, de forma a respeitar a isonomia da aplicação do direito e criar um sistema jurídico que respeite os seus precedentes<sup>50</sup>, destacam-se aquelas decorrentes das ações do controle de constitucionalidade<sup>51</sup>, do incidente de assunção de competência, bem como dos enunciado de súmula vinculante.

<sup>49</sup> Anote-se nesse sentido que, segundo Guerra (2000, p. 16), a função interpretativa do Tribunal Constitucional Venezuelano foi responsável pela ampliação da legitimidade processual “en casos de «intereses jurídicos colectivos o difusos» (superando los mecanismos del pasado)”, desempenhando, assim, importante papel na tutela coletiva naquele país.

<sup>50</sup> Nesse sentido, tem-se que “as decisões dos Tribunais Superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, quando sejam desprovidas de eficácia erga omnes (...) significam indubitavelmente orientação para ao demais tribunais” uma vez que, apesar de “formalmente não vinculativa, mas que deve influenciar-lhes os julgamentos”. Isso porque é imperioso tornar a interpretação da legislação ordinária consonante com as normas constitucionais e garantir uma “segurança com conteúdo” (WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 86-95).

<sup>51</sup> Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 199-218) faz interessante crítica ao modelo de deliberação do Tribunal Constitucional. Para o autor, é possível que não seja apenas a subsistência de um controle difuso no modelo híbrido brasileiro responsável pela falta de autoridade de algumas decisões do Supremo, mas a forma de deliberação da corte. Em modelos onde a deliberação é interna, os magistrados tentam chegar uma decisão única,

O controle de constitucionalidade brasileiro é considerado misto, inspirado tanto no sistema de controle difuso norte-americano, quanto no modelo austríaco que defende a criação de uma corte constitucional. Dessa maneira, a constitucionalidade das normas jurídicas no Brasil pode ser avaliada por qualquer membro do Judiciário, sendo que os efeitos da decisão que julgar a norma (in)constitucional atingirão apenas as partes do processo (modelo difuso). Por outro lado, existe também a possibilidade de levar diretamente ao Supremo a tarefa de analisar a (in)constitucionalidade da norma, por meio de diferentes ações objetivas – Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO –, as quais independem de vinculação ou interesse relativo à caso concreto, tendo, assim, declaração de efeitos *erga omnes* (modelo concentrado) (PORTO; USTÁRROZ, 2008, p. 224-226).

Quando ao objeto de análise do presente trabalho, interessa à sua conclusão a análise de algumas características do modelo concentrado. Embora não seja cabível a apreciação dos pormenores de cada um dos instrumentos integrantes desse sistema de controle de constitucionalidade, é possível extrair informações que possibilitarão a conclusão de que tais ações integram a tutela jurisdicional de situações jurídicas coletivas, auxiliando ainda na ampliação das possibilidades de tutela coletiva no Brasil.

As ações do controle concentrado no Brasil decorrem de previsão constitucional, sendo competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea “a” e § 1, da Constituição Federal de 1988), tendo como legitimados para proposição aqueles arrolados no art. 103 da Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade foi a primeira espécie de controle de constitucionalidade previsto em constituição brasileira, ainda que o instituto atual seja sensivelmente distinto daquele originalmente previsto. Na Magna Carta de 1934 ela ainda tinha seu âmbito de atuação bastante restrito, sendo cabível apenas nos casos de intervenção federal (art.12, § 2º). A Constituição de 1946 ampliou as possibilidades de acesso direto ao STF para decidir sobre a constitucionalidade em abstrato de uma lei, no entanto, sua limitação se dava em decorrência da restrita competência para propositura (SILVA, 2009, p. 215).

---

ou seja, em um “consenso”. Significa dizer que a “persuasão interna força o diálogo”, o que é positivo considerando a configuração dos Estados modernos em democracias deliberativas. Embora para Silva a melhor hipótese seria um modelo de deliberação interna e externa, falta ao sistema jurídico brasileiro a deliberação interna, ou seja, que o STF “fale como instituição”, de forma ‘clara’, ‘objetiva’, ‘institucional’ e, sempre que possível, ‘única’”, pelo que clama pelo aperfeiçoamento do modelo de controle de constitucionalidade através das ideias de “ideias de deliberação e diálogo entre poderes”.

A Constituição de 1988, por sua vez, ampliou o controle de constitucionalidade brasileiro, sendo este composto atualmente, além da ação direta de inconstitucionalidade, pela ADO – ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ADC – ação declaratória de constitucionalidade, e ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>52</sup>.

As decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante com relação a todos órgãos do Poder Judiciário bem como à administração pública (art. 102, § 2º, da Constituição Federal). O efeito é retroativo, mas por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (art. 27, Lei 9.868/1999) pode o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 dos seus membros, restringir efeitos para *ex nunc*.

Tal disposição legal, tendo por base a boa-fé na esfera dos direitos privados e a ressunção de legitimidade dos atos públicos no direito público, pode ser considerada melhor posicionamento normativo voltado à garantir a aplicação adequada das normas no ordenamento jurídico, com respeito a casos excepcionais que a segurança jurídica exige resposta diversa (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 59-68).

Quanto ao papel das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle de constitucionalidade para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, lecionou Zavaski (2009, p. 50-52) que em decorrência do alargamento da função jurisdicional do Estado, vendo-se este obrigado a tutelar e efetivar direitos transindividuais em respeito à própria ordem jurídica, as ações do controle concentrado de constitucionalidade tiveram notadamente sua aplicação estendida na Constituição Federal de 1988. Assim como as ações coletivas, as ações de controle concentrado não tem lide ou partes no sentido do processo civil clássico. Nesse sentido, há quem questione a natureza jurisdicional dessas ações, defendendo a ideia a decisão proferida em controle de constitucionalidade seria materialmente legislativa. Zavaski refuta essa ideia, manifestando-se no sentido de valorizar a importância da função jurisdicional do sistema de controle normativo, a qual permite, por meio dos efeitos *ex tunc* e *erga omnes* de suas sentenças, a possibilidade de transformação dessas ações, ainda que indiretamente, em reais instrumentos de tutela de direitos subjetivos individuais, pelo que é possível inclui-las dentre os instrumentos de tutela coletiva de direitos.

---

<sup>52</sup> Não é possível, bem como não é essencial, para o presente trabalho, a análise pormenorizada das características dessas ações. É necessário, portanto, analisar a relevância constitucional do controle de constitucionalidade, em especial o repressivo, realizado pelo Poder Judiciário, e a sua aptidão à tutela coletiva.

A. Moraes (2016, p. 739) diz que “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Não apenas as ações do controle concentrado de constitucionalidade desempenham papel de instrumento de tutela coletiva. A súmula vinculante, instrumento criado a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, também possibilita ao Supremo Tribunal Federal a decisão quanto a casos relevantes quanto a direitos transindividuais. A sua regulamentação foi feita através da Lei nº 11.417/2006.

Enquanto as súmulas são enunciados resultantes da deliberação de tribunais com objetivo de reprimir a desarmonia de interpretação de teses jurídicas e uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais, de modo a evitar insegurança jurídica (SALLES, 2007, p. 11) as súmulas vinculantes possuem efeitos bastante diversos: elas são de atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, da Constituição Federal) e tem “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” que gerem controvérsia e que que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal).

A edição da súmula depende do voto de dois terços dos membros da corte após reiteradas decisões sobre a matéria e a sua aprovação vincula todos os órgãos do poder judiciário e da administração pública (art. 103-A, da Constituição Federal).

Quanto aos sujeitos responsáveis pela provocação da súmula, tem-se que tanto a redação da súmula quanto à sua revisão podem ser solicitadas pelos entes legitimados à propositura das ações de controle concentrado (art. 103-A, § 2º, da Constituição Federal e art. 3º, Lei 11.417/2006), distinguindo-se ambas apenas no que tange a possibilidade de edição de súmula vinculante de ofício pela corte constitucional.

Quanto ao seu objeto, novamente se percebe a ligação com os novos instrumentos de tutela coletiva, especialmente aqueles do julgamento de casos repetitivos, uma vez que a súmula vinculante objetiva a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal). Ou seja, procura acabar com discussões que possam levar a judicialização de novos conflitos sobre a mesma matéria, pelo que a pacificação da tese visa a previsibilidade e unidade dos provimentos jurisdicionais, evitando que novas ações sejam propostas sobre os mesmos temas já decididos pelos tribunais.

A observância dos enunciados da súmulas vinculantes é tão importante para a aplicação do direito que o Código de Processo Civil prevê em seu art. 1.035, § 3º, inciso I, que será presumida a repercussão geral do recurso extraordinário caso o acórdão recorrido contrarie súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A ideia é de que nessas situações de extrema importância, a cúpula do tribunal (plenário) possa se manifestar de forma a garantir a aplicação de interpretação una da norma pelas instancias de origem (MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 241).

A súmula vinculante, assim, é um exemplo explícito de valorização da jurisprudência, e o seu processo oferece “diversos mecanismos de tutela do interesse público na formação e mutação da jurisprudência”. Como também lembraram Porto e Ustárroz (2008, p. 271-272), a exemplo do que fez o ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus nº 82.940/RJ, a súmula vinculante auxilia os julgadores que ressalvam suas opiniões íntimas e acatam deliberação dos colegas e tribunais superiores em nome da uniformização e aplicação isonômica da jurisprudência.

Por sua vez, o incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do Código de Processo Civil é também um instituto – novo no ordenamento jurídico nacional – que visa a melhor aplicação do direito no casos que envolverem relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem a necessária repetição em múltiplos processos.

Isso porque, dada a relevância dessas questões, garante-se a possibilidade de julgamento pelo órgão colegiado. O objetivo do instituto é assim dirimir as controvérsias que podem surgir de temas de alta complexidade, incumbindo ao órgão colegiado a pacificação da matéria, tornando mais objetiva e célere a vinculação dos demais membros do tribunal e aos juízes a ele submetidos<sup>53</sup>.

Os sujeitos que podem provocar o incidente são o próprio relator do processo, a parte ou o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 947, § 1º, do Código de Processo Civil).

A partir dessas constatações percebe-se a importância da função jurisdicional e do controle da interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal, o qual possui diversas vias de acesso distintas para declaração de compatibilidade de atos e normas com a norma maior: pode o fazer no caso de recurso extraordinário contra decisão que declara inconstitucional lei federal, mas também pode o realizar diante da análise da constitucionalidade via controle difuso e controle concentrado.

---

<sup>53</sup> Para D. Moraes (2013, p. 11-13) a uniformização e vinculação de jurisprudência torna mais racional o desenvolvimento do direito nacional, além de contribuir para efetivação do acesso à justiça.

Além disso, dada a diferença dos legitimados à propor as ações diretas (art. 103, da Constituição Federal, art. 2º, da Lei nº 9.882/1999 e art. 12-A, da Lei nº 9.868/1999) e da possibilidade de acesso das partes ao Tribunal através de recursos para que seja possível a análise via recurso extraordinário e controle difuso, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro possui atualmente uma gama alargada de meios de acesso ao judiciário para a tutela de direitos transindividuais.

Após todas essas considerações, possível perceber a importância do papel interpretativo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, há quem defenda, a exemplo de Marinoni (2018, p. 28-29), a imprescindibilidade de existência de um Tribunal Supremo de Precedentes, porquanto não existe Estado de Direito sem ordem jurídica coerente. Ademais, “no se puede asegurar la igualdad ante el derecho cuando los precedentes de los tribunales supremos no tienen fuerza obligatoria”.

E é também por esta razão que Pinho (2017, p. 202) diz que “os recursos que chegam a esses Tribunais deixam de ter apenas uma carga subjetiva e individual e passam a ter também um indisfarçável interesse público e coletivo”.

Assim, tem-se hoje que não apenas o Supremo Tribunal Constitucional contribui para a pacificação de conflitos através de novos institutos processuais, mas os Tribunais, nos limites de suas competências, também podem auxiliar para a prestação de tutela jurisdicional de interesse transindividual, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência, por exemplo.

Significa dizer que, dependendo do cabimento da ação, da competência dos entes e agentes envolvidos no conflito, será possível a tutela de direitos coletivos por diferentes instrumentos.

Ademais, cabe salientar, conforme ensinado por Pinho (2017, p. 52-53), esses novos institutos processuais civis fazem parte da visão de uma “nova jurisdição” mostrando preocupação em garantir segurança jurídica na atividade jurisdicional. Assim, “antes de haver um interesse das partes em modificar o conteúdo das decisões proferidas por instâncias inferiores, existe um interesse superior do próprio Estado em harmonizar e pacificar os entendimentos conflitantes”.

É complexa a rede de instrumentos e institutos capazes de tutelar direitos transindividuais no país. A sua práxis é também labiríntica, pelo que fundamental tecer alguns comentários.

## 2.3 CONFLITOS METAINDIVIDUAIS E A FUNÇÃO JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Na sociedade moderna, o avanço tecnológico permite uma configuração de relações sociais cada vez mais complexa. Isso não apenas propicia o surgimento de conflitos transindividuais em números crescentes, mas tem como consequência a representação de um número cada vez maior de sujeitos afetados pelo conflito. A função judicial, por sua vez, teve alargada seu espectro jurisdicional, transformando-se de mero aplicador da lei<sup>54</sup> para um poder com grande carga pública e social, regido também pela Constituição. Nesses sentidos, a leitura dos dispositivos legais que tutelam as situações coletivas deve pressupor seu alinhamento com os objetivos constitucionais e com a realidade do Estado.

Neste capítulo será estudada a relação da tutela jurisdicional coletiva com a matéria constitucional, assim como seu papel enquanto instrumento de proteção e a sua afinidade com o Poder Judiciário.

### 2.3.1 Direito à tutela jurisdicional coletiva na ordem constitucional vigente

Os direitos difusos e coletivos são decorrentes da terceira geração dos direitos fundamentais. Decorrentes das premissas de solidariedade, a complexidade desses direitos exige do jurista um adequado preparo para o trato das questões daí decorrentes, o que impõe a utilização da “doutrina constitucional clássica e até os mais modernos postulados do processo civil” (PINHO, 2017, p. 258).

O ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito brasileiro é regido pela Constituição de modo que apenas pode-se falar em adequação da norma – seja material, seja processual – se elas puderem ser interpretadas à luz da Constituição Federal (WAMBIER; TALAMINI, 2010. p. 53). A Constituição Federal de 1988 desempenha um importante papel normativo para a tutela jurisdicional coletiva no país. Ela não apenas prevê especificamente a

---

<sup>54</sup> Para Guerra (2000, p. 11-12), a “interpretación del proceso es puramente arcaico y que el tema de las finalidades del acto, es decir, que si el acto procesal cumplió su fin no podía decretarse su anulación” foi realidade na Venezuela. Essa visão arcaica, segundo o autor, motivou a ineficácia do sistema judicial venezuelano. Por sua vez, Cappelletti (1991, p. 1) diz que “nesta impositiva formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do ‘resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado’, com a ‘doutrina do silogismo judicial, segundo o qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo’”. Conclui-se dessa forma que ambos os autores contestam a clássica função jurisdicional como aplicador da lei, e defendem a ideia de uma interpretação processual bem como da função desse processo de aplicação das normas voltados aos fins da atividade jurisdicional, pensando, portanto, na possibilidade de efetivação de direitos e pacificação de conflitos na sociedade.

possibilidade de tutela coletiva de direitos, como a ação popular e as súmulas vinculantes, já tratadas no capítulo anterior, mas ela orienta a leitura das demais normas do sistema jurídico – sejam materiais, sejam processuais – enquanto instrumentos de pacificação social.

Mais do que preocupar-se com os aspectos processuais da tutela coletiva – os quais, diga-se de oportuno, são essenciais para a criação de um sistema de garantias que permita a tutela de forma adequada aos direitos transindividuais, especialmente aquelas situações voltadas à sua concretização e efetivação – é necessário atentar para a motivação constitucional moderna desses direitos. O título II da Constituição trata do tema dos direitos e garantias fundamentais, tendo o art. 5º elencado os direitos e deveres individuais e coletivos<sup>55</sup>. O tratamento de direitos coletivos enquanto normas constitucionais fundamentais é fato paradigmático para a tutela de direitos transindividuais. Os acontecimentos do século XX, em especial os movimentos constitucionais e das drásticas mudanças sociais, foram essenciais para o desenvolvimento de uma nova concepção de jurisdição, ampliando a sua abrangência para além dos interesses subjetivos individuais em conflito (WAMBIER; TALAMINI, 2010. p. 96).

Assim, a Constituição Federal de 1988 incluiu pela primeira vez na normativa constitucional brasileira e defesa dos interesses difusos e coletivos<sup>56</sup>. Tal previsão elevou os transindividuais à categoria constitucional, o que permitiu o amadurecimento normativo de instrumentos de tutela de tais direitos. Após essa constitucionalização do direito coletivo, muitos diplomas legais foram criados objetivando o tratamento do tema, conforme já explanado no capítulo anterior.

A preocupação com a tutela adequada dos direitos transindividuais cresce conforme intensifica-se – em frequência e gravidade – os conflitos sociais em que estão envolvidas coletividades (MOREIRA, 1982, p. 7). E a norma constitucional preocupou-se com a positivação de instrumentos hábeis para tanto, mas foi também responsável pela criação de um sistema voltado a necessidade de efetivação de direitos.

Independentemente do formato que tome, seja por meio de ações coletivas, por meio de julgamento de recurso repetitivo, é certo que a constitucionalização de direitos transindividuais cria a necessidade de que os instrumentos voltados à sua tutela respondam à

---

<sup>55</sup> A inovação do texto constitucional é especialmente valorizada quando comparada aos demais diplomas constitucionais brasileiros. Apenas a título de comparação, tem-se no art. 150 da Constituição Federal de 1967 – e art. 153 da nova redação do texto após a emenda constitucional nº 1 de 1969 – elenca apenas os “direitos e garantias individuais”.

<sup>56</sup> Ainda que possa ser considerado tímido o tratamento dado a esses direitos no art. 129, inciso III, da Constituição, quando compara-se tal dispositivo às normas das Constituições brasileiras anteriores é possível perceber a ascensão da preocupação político-jurídica com os direitos transindividuais, agora elevados a status constitucional.

sociedade de forma efetiva, de maneira a proteger direitos que ela própria não possui condições de realizar.

É certo que o desenvolvimento teórico acerca dos direitos coletivos *lato sensu* é historicamente recente e que as suas próprias características distintivas lhes conferem um caráter de complexidade superior. Além disso, transitam entre o direito público e o direito privado<sup>57</sup>, aproximando os dois campos do direito e até mesmo estimulando a flexibilização dessas classificações<sup>58</sup>. Isso porque o papel do Estado também se modificou durante esse período “e o direito administrativo se aproximou muito do direito privado para poder corresponder às novas funções administrativas do comércio e da indústria, antes totalmente estranhas às atividades clássicas do Estado” (FERREIRA, 2018, p. 147-148).

Isso quer dizer que a classificação clássica das normas jurídicas entre direito público e direito privado a depender de critérios de titularidade e natureza do direito discutido torna-se cada vez mais fluida<sup>59</sup>. As constantes e cada vez mais rápidas transformações sociais exigem que o direito evolua de forma a cumprir com a sua função de resolução de conflitos, mesmo aqueles não imaginados pelo legislador. Essa situação faz com que surjam direitos que não podem ser classificados pacificamente a qualquer dessas áreas do direito. Sem retirar a utilidade da classificação, essas normas híbridas exigem uma aplicação diferenciada das normas jurídicas, como a exemplo das normas trabalhistas e consumeristas (art. 1º, CDC) (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 45-46).

Mancuso (2012, p. 2) sintetiza de forma a demonstrar que essa situação, longe de ser considerada desvantagem, é condição histórica para o importância dos direitos transindividuais na sociedade bem como elemento potencializador da busca pela tutela mais adequada a esses direitos:

passados muitos séculos, as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), que de início sofriam restrições no campo processual, pelo fato de não virem afetadas a um

---

<sup>57</sup> Mancuso (2012, p. 2) diz que “remonta às priscas eras romanas a classificação (dita *summa divisio*) do Direito em Público e Privado, sob o critério da *utilitas*, ficando a cargo do primeiro ramo a positivação de normas concernentes ao Estado e à sociedade gentílica da época, enquanto ao segundo ramo, por exclusão, tocou a regulação dos assuntos de precípua interesse dos particulares” existindo, já à época, algumas situações que, não se encaixando na classificação estanque, ficavam em uma espécie de “limbo jurídico”.

<sup>58</sup> Observa-se contemporaneamente tal fenômeno, o qual é responsável pela aproximação de regras do direito público para a tutela de direitos tipicamente privados, como por exemplo a imposição a empresas privadas de obrigação de contratar pessoas com deficiência (art. 93, Lei nº 8.213/1991), bem como permitiu que as regras de direitos públicos, tradicionalmente mais rígidas, dessem espaço a regras voltadas ao direito privado, como a autonomia para inclusão no edital de convocação das parcerias público-privadas da utilização de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem (art. 11, inciso III, Lei nº 11.079/2004).

<sup>59</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993, p. 4) fala que a própria aproximação do controle jurisdicional dos atos administrativos reflete a flexibilização do caráter público e privado de certos direitos. A jurisdição, eminentemente privada segundo a doutrina de Montesquieu, responsável pela dualidade jurisdicional francesa atual, passa nos tempos modernos a se ocupar de espaços públicos, pelo que “jurisdição brasileira ostenta maior amplitude” se comparada aos colegas de outros países.

exclusivo titular, hoje beneficiam de especial proteção, através de mais de um instrumento (dentre nós, notadamente, as ações civil pública e popular), por conta de uma notável alteração na condição legitimante: passou-se a entender que os interesses metaindividuais, justamente por se tratar de valores e interesses “sem dono” (*rectius*: sem titular exclusivo) deveriam, *pour cause*, beneficiar de uma tutela diferenciada e potencializada, até porque os direitos subjetivos individuais preordenam-se, naturalmente, a serem protegidos por seus respectivos titulares

Enquanto direito de terceira geração, os direitos difusos e coletivos remetem à ideia do direito à paz, o qual está intimamente ligado a noção de “uma tutela que viabiliza a efetiva pacificação do conflito”. Em decorrência da valorização histórica desses direitos fundamentais houve uma aumento do número de processos em que se requer ao órgão jurisdicional, em especial ao Supremo Tribunal Federal em jurisdição constitucional, uma decisão sobre “questões de alçada política, social e moral” (PINHO, 2017, p. 259-262).

Ainda, seria possível apontar o fato de que muitas situações de violação de direitos coletivos se inserem no campo político mais fortemente se comparado ao jurídico. O fato de se depositar a responsabilidade de solução desses conflitos ao judiciário decorre da cultura demandista e pode prejudicar a análise da tutela adequada dos direitos transindividuais.

Tudo isso permite concluir que a Constituição Federal de 1988 não apenas garantiu o direito de ação na esfera coletiva, mas estimulou a utilização desses métodos, ampliando ainda os meios a disposição da tutela coletiva jurisdicional.

Porém, mais importante é verificar que a norma constitucional objetiva a aplicação e efetivação de direitos por meio da atividade dos três poderes. Nesse sentido, não há impeditivo quanto a possibilidade de investigação de métodos e alternativas à tutela jurisdicional se apoiado na ordem constitucional de efetividade<sup>60</sup>, ou seja, no aprimoramento da melhor forma de tutela de direitos transindividuais.

A interpretação conforme a Constituição das normas coletivas não significa que haverá necessidade de flexibilização de regras processuais, mas que a leitura desses dispositivos deve priorizar objetivos constitucionais e buscar uma tutela efetiva para interesses sociais<sup>61</sup>. Tal nota representa a necessidade de uma leitura dos dispositivos do microsistema processual coletivo de forma que os objetivos ali perseguidos, enquanto bens

<sup>60</sup> A propósito da efetividade, asseverou Dias (2006, p. 12) que “direito à efetividade do processo constitui direito fundamental do jurisdicionado”, devendo tal valor ser abordada necessariamente com contraposição à segurança jurídica.

<sup>61</sup> Sobre a flexibilização da interpretação das normas do microsistema processual coletivo, note-se que, para o Código Modelo de Processo Civil Coletivo de Gidi (2003, p. 10) “Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais” e “Sempre que possível e necessário, as normas, princípios e garantias incompatíveis com o espírito do processo coletivo devem ser adaptadas às necessidades e peculiaridades da tutela coletiva” (arts. 30 e 32.1).

constitucionalmente tutelados, prevaleçam sobre a necessidade de estrita observância da norma escrita<sup>62</sup>.

A efetividade dessa tutela depende do tratamento do processo – bem como dos demais instrumentos pacificadores de conflito – enquanto “verdadero instrumento de realización de la justicia” (GUERRA, 2000, p. 12).

Como consequência disso diz Cappelletti (1991, p. 8) que “o legado portanto da ‘dimensão constitucional’ com a ‘dimensão social’” está na garantia de acesso à efetivação dos anseios sociais, pelo que o papel dos juízes não deve limitar-se “à luz de seu possível contraste com direitos e obrigações claramente definidas, mas também com programas vinculados de ação futura”.

É por esta razão que se mantém no campo acadêmico forte linha de pesquisa voltada ao desenvolvimento da tutela dos direitos coletivos, em especial aquelas já citadas que objetivam a codificação e reestruturação das ações coletivas no país. Por outro lado, vem ganhando força na doutrina o estudo de alternativas às formas tradicionais de tutela coletiva.

Todos os institutos jurídicos devem ser compatíveis com a constituição e objetivarem o cumprimento dos valores do Estado. Nesse sentido, a leitura, interpretação e amadurecimento de todas as formas de tutela de direitos transindividuais deve ter por princípio os comandos constitucionais.

É com base nessa interpretação constitucional dos direitos transindividuais que se investigará a possibilidade de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* por meio de mecanismos fora do Poder Judiciário, por entender que Constituição – e a legislação especial que a sucedeu – exige o melhor tratamento possível com vistas a efetivação dos direitos transindividuais.

### **2.3.2 Tutela jurisdicional coletiva como instrumento de proteção de interesse social**

A função jurisdicional, enquanto braço do Estado de Direito, é “direcionada à promoção da paz social por meio da solução de conflitos” e exercida por meio do Poder Judiciário (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 85). Esse Poder deve exercer suas atividades de maneira que responda aos comandos constitucionais, mas também de forma a garantir a efetivação dos direitos dos jurisdicionados, protegendo, assim, os bens e interesses da

---

<sup>62</sup> Situação similar acontece quando o Estado, em nome do interesse público e fundamentando no princípio da efetividade, deixa de perseguir dívida de valor ínfimo. Esse parece ser o melhor caminho para uma interpretação com vistas a garantir efetividade aos direitos transindividuais.

sociedade. Nas palavras de Dias (2006, p. 51) “o Estado Democrático de Direito tem a consecução do bem comum como objetivo-síntese e a dignidade do ser humano como ponto de referência estável, fitando o seu modelo e as suas funções através desses conteúdos”.

Por outro lado, é certo que as ações coletivas, ao contrário do processo civil tradicional, possibilitam uma tutela específica, e portanto, mais adequada, às lides massificadas, preocupando-se, além da solução da relação conflituosa, com a sua operação enquanto mediador de conflitos sociais (GRINOVER, 2007, p. 797). Isso significa que a tutela jurisdicional coletiva deve operar como instrumento capaz de tutelar de forma eficaz os interesses sociais em conflito, pacificando, assim, as relações entre os sujeitos que compõe a sociedade. O objetivo dos institutos integrantes do microssistema processual coletivo, a partir de uma leitura constitucional, deve ser voltado à proteção social, não apenas a prolação de provimentos jurisdicionais.

Nesse sentido, Mazzilli (2011, p. 108) assinala que a proteção de interesses individuais, quando indisponíveis, pode ser feita pelo Ministério Público, segundo se depreende da leitura do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, somada às regras das ações coletivas de diferentes dispositivos normativos. Os direitos individuais disponíveis, ao contrário do que uma leitura superficial pode indicar, também podem ser objeto dessa mesma tutela. Isso porque, a depender de uma “suficiente expressão ou abrangência social”, tais direitos podem ser elevados a um patamar de proteção justificado pela sua “natureza de interesse social”.

Isso demonstra a amplitude do papel do Estado e de todos os legitimados a agir em nome da coletividade enquanto agentes capazes de pacificar conflitos sociais, seja por meio de sentença coletiva, seja por intermédio da criação de teses de aplicação *erga omnes*. Mas para além dessas hipóteses, o microssistema coletivo desenvolveu-se de forma a garantir a possibilidade de utilização de diversos mecanismos, todos voltados à proteção da coletividade.

O surgimento de novos direitos “oriundos de relações jurídicas decorrentes da massificação de interesses”, como aqueles decorrentes da tutela ambiental, consumerista, da probidade na gestão pública impactou profundamente o sistema processual e constitucional então vigente. A molecularização das lides através da aplicação das regras do microssistema processual coletivo reduzem o número de demandas levadas ao judiciário e permitem uma mais eficaz proteção dos interesses sociais por ela tutelados (MASSALI, 2015, p. 72-75).

A pacificação de conflitos sociais coletivos é tão importante para o sistema jurídico nacional que fica visível a complexidade de normas criadas para esse fim. No caso

dos direitos dos consumidores, por exemplo, além de ser previsto enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), teve regramento específico através do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Essa norma, por sua vez, é considerada pela própria lei como de interesse social, e possui, em grande medida, normas de tratamento coletivo desses direitos, adaptando a legislação para a realidade do mercado de consumo. Isso porque, atualmente, alguns direitos dos consumidores são tipicamente coletivos, como a proteção contra publicidade enganosa, pelo que não faria mais sentido para o sistema a previsão de tutela unicamente individual desses direitos<sup>63</sup>. Através dessa aproximação normativa com a realidade, é possível garantir um melhor resultado da atividade jurisdicional.

Assim, sendo a “sociedade massificada é propícia à formação de conflitos de largo espectro, compreende-se a gradual pujança do processo coletivo” e sabendo-se que “à Administração Pública ficou reservada a gestão do interesse social, a título primário e imediato, provendo sobre os valores e interesses maiores da coletividade e do próprio Estado”, resta ao Poder Judiciário, enquanto membro integrante dos três poderes, a intervenção – ainda que limitada ao posterior surgimento do conflito – para pacificação da relação e aplicação do direito de forma a garantir a efetivação dos direitos e pacificação social (MANCUSO, 2012, p. 3)

Mas, para além da tutela jurisdicional, importante observar que Carta Magna dispõe sobre a tutela e a defesa de uma série de direitos classificados como difusos e coletivos sem prever a necessidade de judicialização das demandas que a envolvem. A preocupação, nesses casos, é com a pacificação social e a proteção dos interesses da sociedade, voltando-se para valores democráticos em oposição a autoridade dos provimentos judiciais.

É o caso do direito à cidade<sup>64</sup>, reconhecido como “resultado de um processo coletivo” e que demanda “estratégias de gestão democrática”, em oposição à “ótica

---

<sup>63</sup> A importância dos direitos consumeristas na sociedade de massa é explicado por Cappelletti (1991, p. 5) quem demonstra que “diante deste fenômeno, de porte colossal - não apenas dois autores falaram em uma ‘guerra civil dos consumidores’ na sociedade contemporânea - o indivíduo isolado é impotente”, pelo que se torna fundamental um sistema de proteção voltado à possibilidade de coletivização de demandas à fim de possibilitar a tutela desses direitos. Mais sobre o assunto no tópico 3.2.

<sup>64</sup> Nesse sentido, Harvey (2008, p. 23) diz que “The right to the city is far more than the individual liberty to access urban resources: it is a right to change ourselves by changing the city. It is, moreover, a common rather than an individual right since this transformation inevitably depends upon the exercise of a collective power to reshape the processes of urbanization. The freedom to make and remake our cities and ourselves is, I want to argue, one of the most precious yet most neglected of our human rights”. Desse conceito é possível extrair algumas conclusões que auxiliam o desenvolvimento teórico do presente trabalho: i) a identificação da cidade enquanto um direito coletivo ou comum, ii) a importância do “exercício de um poder coletivo” no processo de urbanização, iii) a possibilidade de “criar e recriar” a cidade, ou seja, identificação do processo de urbanização enquanto uma fonte e objeto de diálogo em oposição a ideia de processo finalizado, constante. Por isso no Brasil, em decorrência do seu caráter coletivo, o direito à cidade tem uma tutela pensada de forma sensivelmente diferente do tradicional processo civil individual. Diferentemente da preocupação com a judicialização de

administrativista formalista e distanciada dos processos sociopolíticos” (FERNANDES; ALFONSIN; 2010, p. 15). Regulamentado pela Constituição através da política urbana (art. 182, da Constituição Federal), tem como diretriz básica a participação popular (art. 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade) e o plano diretor, enquanto instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, deverá ser revisto periodicamente (art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade) e tem como requisito de validade a participação democrática (art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade).

Tais constatações permitem demonstrar como a Constituição Federal preocupou-se com a temática da coletivização de interesses bem como empenhou-se com a tutela dos direitos tipicamente coletivos.

Além disso, houve certa aposta no Poder Judiciário como *loco* adequado para o tratamento desses direitos. No mesmo sentido, foi atribuído poder significativo à órgãos como o Ministério Público e Defensoria Pública para a tutela de direitos transindividuais. Essas instituições, embora não estejam vinculadas ao Judiciário, atuam de maneira próxima com esse Poder.

### **2.3.3 Recepção dos conflitos plurindividuais pelo Poder Judiciário**

A análise normativa dos mecanismos legais aptos à tutela coletiva no Brasil pode levar à conclusão de que o ordenamento jurídico do País conta com as mais diversas formas de proteção dos direitos transindividuais. Especialmente se comparado a outros países latino-americanos, que não possuem regramento voltado à tutela de direitos difusos, a lei brasileira se destaca pela complexidade e diversidade de mecanismos aptos a tutelar a ordem jurídica coletiva. No entanto, existe um grande desencontro da perspectiva normativa com a realidade judicial.

Entretanto, não é raro encontrar casos de aplicação restritiva dessas regras, tornando ineficazes as tentativas de tutelas coletivas<sup>65</sup>.

---

demandas como se vê em muitas normativas especiais no Brasil, a tutela do direito à cidade teve seu caráter preventivo, dialógico e administrativo destacado.

<sup>65</sup> Sica (2016, p. 2-4) menciona que ainda na década de 90 o País experimentou uma série de atualizações legislativas “com o declarado propósito de enfraquecer o microsistema de processo coletivo”, citando como exemplos “a Lei Federal 9.494/1997 instituiu limitações na eficácia da sentença e na imutabilidade da coisa julgada proferida em processos coletivos. A Medida Provisória 2.180/2011 proibiu a utilização do processo coletivo relativamente a algumas matérias de interesse do Poder Público, em especial no tocante ao direito tributário e previdenciário”. A litigiosidade repetida da forma como tratada no Código de Processo Civil de 2015 “representa o aprofundamento das tendências sinalizadas nas reformas processuais operadas de 1992 em diante: enfraquecimento do processo coletivo (que continua a ser tratado em um microsistema apartado do Código) e

Por esta razão Roque (2013, p. 48), ao tratar das diferentes formas de coletivização do processo, conclui que, embora não sejam poucos os seus méritos,

De forma geral, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. Apesar do ajuizamento de várias ações coletivas, nenhuma foi capaz de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões. Apenas para ficar nos exemplos mais atuais, não custa lembrar a imensa quantidade de ações envolvendo os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, os pedidos de revisão de aposentadorias e as demandas questionando a cobrança de assinatura nas contas de telefone, entre muitas outras hipóteses.

O direito individual permeia a vida da sociedade brasileira, tutelando as mais íntimas relações privadas – como a forma de constituição da família, não havendo dificuldades demasiadas para realização de um casamento, por exemplo –, e o sistema jurídico nacional o sustenta com condições mínimas para realizá-las. Os direitos transindividuais, por sua vez, apesar da sua constitucionalização há três décadas, não obstante a criação de diversos mecanismos para a sua tutela, continuam oferecendo obstáculos de pacificação social.

Em recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 9), foi possível aferir analiticamente os temas mais recorrentes da tutela coletiva no Brasil e compreender a percepção daqueles que atuam nesse sistema de justiça.

A amostra conta com o levantamento de mais de 52 mil ações coletivas nos tribunais superiores, bem como outros 11 tribunais federais e estaduais, bem como *survey* com juízes de primeira instância, entrevistas com aplicadores do direito e análise de casos emblemáticos de tutela coletiva no Brasil recente (BRASIL, 2017, p. 9-10).

Um dado alarmante decorre da experiência e ponto de vista dos magistrados, para quem 62% das ações individuais solicitando acesso à políticas ou bens públicos tem mais chance de êxito se comparadas às ações coletivas. Apenas 8,5% entenderam que o uso das ações coletivas seria o meio mais vantajoso (BRASIL, 2017, p. 15).

A pesquisa mostrou também a “fragilidade percebida pelos próprios magistrados acerca do conhecimento que possuem sobre direitos coletivos”, uma vez que 63,6% responderam possuir conhecimento parcialmente suficiente sobre o tema, e mais de 25% disseram que esse conhecimento era insuficiente. Ainda sobre a estrutura do Judiciária, além de problemas como número de funcionários, espaço físico e estrutura para executar e acompanhar a implementação das decisões, foi citado – por quase 80% dos magistrados – a falta de “servidores com conhecimento especializado em matérias de direitos coletivos” (BRASIL, 2017, p. 18-19).

Ademais, foi possível averiguar que a utilização do art. 139, inciso X do Código de Processo Civil, que determina aos magistrados, diante da verificação de repetição de demandas individuais, o encaminhamento de ofício das informações aos legitimados da Lei da ação civil pública e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor para propor ação coletiva cabível, em média mais de 80% dos magistrados admitiu nunca ter o feito.

Além disso, as ações coletivas são usualmente utilizadas com o objetivo de garantir direitos individuais, não difusos ou coletivos *stricto sensu*. Dentre a amostra analisada na pesquisa, não foi encontrada nenhuma ação objetivando a reforma política da saúde, como a incorporação de algum medicamento ou serviço ao Sistema Único de Saúde. Ainda assim, nesse tema o Ministério Público lidera “como demandante na tutela de direitos individuais homogêneos, prevalece a busca por satisfação de demandas pontuais”. O mesmo ocorre quando se analisa demandas envolvendo “concurso público”, “benefícios previdenciários” e “expurgos inflacionários” (BRASIL, 2017, p. 11-12).

Assim, possível verificar a má recepção dos conflitos transindividuais no sistema judiciário nacional. É evidente o despreparo dos órgãos jurisdicionais estatais para tutelar essa nova modalidade de interesses e direitos de tão importante relevância e de necessária manutenção para a sociedade contemporânea.

O uso de ações coletivas objetivando a tutela de direitos individuais, decorrente da primazia da tutela individual favorecida pela tradição do processo clássico, enfraquece os instrumentos criados para a tutela de direitos transindividuais, o que diminui a possibilidade de uma adequada proteção de interesses sociais.

Isso apenas prolifera o número de demandas, exigindo do Poder Público a criação de outros instrumentos de tutela para manter a segurança jurídica e estabilidade das decisões. No entanto, esses mecanismos, como os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, tem como principal objetivo o combate a litigiosidade e não tratam diretamente da relação coletiva, desvirtuando ou colocando em desuso técnicas criadas para tanto.

Ocorre que, mesmo quando instauradas da forma objetivada pelo microssistema processual coletivo, as ações coletivas ainda correm o risco de ser mal trabalhadas por sujeitos despreparados ou simplesmente desinteressados nos benefícios que o tratamento coletivo de interesses em juízo pode trazer para a sociedade e para a própria atividade jurisdicional.

Outro reflexo da fragilidade da visão coletiva de processo no ordenamento jurídico – demandista – nacional é a revogação do instituto da conversão da ação individual em coletiva, disposto no revogado art. 333 do Código de Processo Civil de 2015. Dentre as

razões destacou-se a fragilidade da proteção do interesse individual da parte e existência de outros mecanismos para tratar de demandas repetitivas.

A alegada necessidade de disciplina própria para tratamento da conversão da ação individual em coletiva é uma falácia, uma vez que o microsistema processual coletivo detém normas que permitem a operacionalização de demandas coletivas há anos. Por outro lado, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, novo no ordenamento jurídico, em que pese todas as dificuldades e críticas que sofreu – justamente pelo mal tratamento legislativo – permaneceu na versão final do Código.

O que se vê é a resistência ao abandono da visão exclusivamente individual das ações judiciais, colocando em xeque a efetividade das ações coletivas.

### 3 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

No capítulo anterior foram feitas as considerações necessárias sobre o sistema processual brasileiro de tutela de direitos transindividuais, incluindo a diferenciação e aprofundamento das características dos direitos coletivos *lato sensu* e a forma de tutela destes. Ademais, foi analisada a relação dos conflitos decorrentes de direitos metaindividuais e a função judicial no Estado contemporâneo.

Para atingir o objetivo do trabalho, é imperioso, ainda, estudar os diferentes métodos de resolução de conflito. Importará neste capítulo, portanto, realizar a distinção e análise das características e adequação dos referidos métodos, bem como o seu desenvolvimento histórico e conexão com os movimentos de acesso à justiça que culminaram em uma nova leitura da tarefa jurisdicional. Ao final, dar-se-á destaque ao método arbitral, investigando sobretudo as suas particularidades, o seu tratamento normativo e desenvolvimento jurisprudencial.

#### 3.1 MONOPOLISMO DA JUSTIÇA ESTATAL NA GESTÃO DOS CONFLITOS

Historicamente existiram diferentes meios de resolução de conflitos. O direito, da maneira que se o conhece atualmente, utilizado predominantemente por meio do processo estatalmente regulado é o resultado de um desenvolvimento histórico construído ao longo de muito tempo. Importa, portanto, para o presente estudo, averiguar quais as condições que levaram a configuração da situação que se vivencia atualmente, analisando ainda, as consequências de tal fato.

Embora tenha a Ciência Jurídica se desenvolvido criando um complexo mecanismo de produção normativa na esperança de que, através da regulamentação de condutas fosse possível a pacificação de controvérsias sociais, são diversas as situações em que a existência de comando legal sobre determinado bem ou interesse não é suficiente para eliminar o conflito social que o envolve. Sobre o tema, Wambier e Talamini (2010, p. 84) disseram que “esse estado de conflituosidade promove a ruptura da paz social e requer uma solução que seja capaz de solucionar, de modo eficaz, o conflito em razão da disputa que se tenha estabelecido e, em consequência, restabelecer o desejável estado de harmonia nas relações sociais”.

Atualmente, o processo estatal ocupa lugar de destaque enquanto instrumento voltado a pacificar esses conflitos. A relevância dessa ferramenta para o sistema jurídico nacional gerou efeitos importantes que afetam a vida social de maneira facilmente verificável.

Nesse sentido, é preciso compreender como o processo passou a ser visto como instrumento com devido poder bem como quais as consequências que decorrem dessa construção. Após será possível uma melhor avaliação no que se refere às tentativas de estímulo de utilização dos métodos alternativos de resolução de conflito no sistema jurídico nacional.

### **3.1.1 Cultura judiciarista na experiência brasileira**

O primeiro fato que merece atenção decorre do históricos dos métodos de resolução de conflitos: houve um determinado momento histórico em que a sociedade atuava diretamente na pacificação de conflitos sociais, sem a intervenção do Estado.

Assim, nas fases primitivas da civilização dos povos, ainda que existissem regras básicas de convivência em sociedade, o direito não havia sido profundamente desenvolvido. Igualmente, não havia um Estado forte – ou ao menos suficientemente forte para superar o ânimo individualista dos homens – para impor a sua vontade sobre a vontade dos particulares, pelo que os próprios indivíduos insatisfeitos deveriam satisfazer suas pretensões com o uso da sua força. Essa modalidade de resolução de conflitos se chama de autotutela, ou autodefesa. Bastante primitiva, é caracterizada pela ausência de juiz ou intermediador e pela imposição de uma vontade de uma parte sobre a outra (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 86).

As limitações do sistema de autotutela somado à crescente complexidade das relações sociais demonstraram a necessidade de criação de um sistema que pudesse melhor atender às necessidades sociais.

Desenvolveu-se assim a autocomposição. Embora fosse alternativa ao modelo de autodefesa, esse novo método de resolução de conflitos também tem como característica, a ausência de intermediador na disputa. No entanto, não resulta em uma imposição da decisão de uma parte sobre a outra, mas na busca por uma solução parcial envolvendo atos de vontade de ambas as partes envolvidas na disputa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 29).

A autocomposição foi bem recepcionada por proporcionar a devida participação das partes, bem como harmonizar as relações sociais de forma que garantam sentimento de

satisfação ou aceitação aos participantes, aproximando-se sobremaneira dos propósitos de justiça de maneira que o uso da força e a imposição da vontade não o faziam.

O uso de terceiros estranhos ao conflito surgiu posteriormente ao sistema de autocomposição. Esse árbitros que deveriam impor sua decisão final, de modo que permanecia o interesse em pacificar o conflito através de “uma solução amistosa mas imparcial”. Esses árbitros, inicialmente eleitos pelos próprios interessados na causa, passaram a representar importante figura de poder. Assim, com o passar do tempo, a figura do Estado foi se fortalecendo, e o ente estatal foi paulatinamente aumentando a sua participação no processo de tomada de decisão: inicialmente em relação a nomeação do árbitro, depois vedando o exercício da autotutela, para finalmente assumir para si a tarefa de decidir o mérito dos litígios, momento este em que se reconhece a evolução da justiça privada para a justiça pública. Nasce, assim, a jurisdição, onde o Estado-juiz age em substituição às partes, impondo-lhes a resolução do conflito, sendo que aos interessados só resta a possibilidade de provocar a função jurisdicional por meio do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 29-31).

Mancuso (2014, p. 55-56) esclarece que essa assunção da resolução dos conflitos pelo Estado cresceu especialmente à medida em que se fortaleciam as bases do Estado de Direito. Assim, conforme ia se firmando a ideia dos direitos fundamentais – especialmente os de segunda geração, que exigem prestação positiva do Estado<sup>66</sup> – crescia o poder do ente estatal para imposição da sua vontade. Assim, ainda que a autotutela tenha sido pioneira, perdeu espaço para a atuação do Estado-juiz até ser considerada crime, como se depreende do art. 345 e 350 do Código Penal, que tratam do Exercício arbitrário das próprias razões e Exercício arbitrário ou abuso de poder.

Percebe-se, assim, que os benefícios do uso dos métodos heterocompositivos eram a possibilidade de pacificação de conflitos quando não havia consenso entre as partes envolvidas, bem como a garantia da imparcialidade na decisão.

A partir dessa breve análise histórica é possível perceber que o monopolismo da justiça estatal nem sempre foi a regra para a solução de conflitos sociais. Mais do que isso, ela surgiu posteriormente se comparada aos demais métodos, como a autotutela e a autocomposição. Além disso, seu fortalecimento foi gradual, mas profundamente alargado durante o desenvolvimento do Estado de Direito. Em consequência, atualmente as soluções de

---

<sup>66</sup> Sobre o assunto, Cappelletti (1991, p. 2): “Longe de negar a importância fundamental de tal liberdade, a filosofia do Estado Social de Direito, sustém que estes têm se integrado, não como substitutos, dos direitos sociais, entre os quais se releva aquele do acesso, que na realidade dos direitos sociais representa a característica e finalidade fundamental”.

conflito sociais são quase que exclusivamente proferidas no âmbito do Poder Judiciário, pelo que é possível se falar em monopolismo da gestão de conflitos pelo Estado.

Venturini (2016, p. 2-3) também analisa a ligação do poder de um Estado e a permissão de utilização de técnicas de autotutela. Para o autor “uma maior tolerância ao emprego da autodefesa indica um sistema mais liberal, que não apenas garante a autonomia privada como a prioriza”.

Esse desenvolvimento histórico tem ligação direta com a realidade judiciarista brasileira, bem como impactou fortemente a definição de conceitos essenciais da disciplina processual civil.

Note-se aqui, que o conceito de jurisdição desenvolvido pela doutrina clássica vincula a capacidade de decisão com a manifestação de poder político do Estado. Assim, jurisdição tornou-se a “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões” (DINAMARCO, 2008, p. 104), havendo pouca preocupação com a definição do objetivo da jurisdição, o qual decorreu diretamente da necessidade de pacificar conflitos.

Nesse sentido, somando-se tais aspectos históricos com a visão individualista do processo tratada no capítulo anterior, pode-se observar que o desenvolvimento do monopólio da jurisdição estatal auxiliou no desenvolvimento do conflito enquanto algo negativo na sociedade<sup>67</sup> e amparou a visão de partes enquanto rivais, em detrimento da interpretação do conflito como parte da sociedade complexa em que os seus sujeitos são livres para agir e se manifestar, e que decorrentes visões conflitantes podem auxiliar o desenvolvimento social através do diálogo e compreensão da visão contrária.

Assim, torna-se compreensível a classificação do instituto processual pelo renomado jurista Buzaid (2002, p. 37), quem entendia que “o processo civil se desenvolve como uma luta contínua entre as partes, à semelhança de uma batalha”. O que se pretende demonstrar nesse capítulo é a superação dessa visão extremada e o papel dos demais métodos de resolução de conflito no atual panorama jurídico nacional.

Entender o caminho percorrido até esse monopólio é essencial. Importante também é entender os reflexos desse fenômeno. Nesse sentido, a assunção da resolução dos conflitos pelo Estado apresentou consequências significativas para a realidade do Brasil. A

---

<sup>67</sup> Diferentemente do que ocorreu com o direito civil e processo civil, os quais decorrem fortemente do Direito Romano, considerado, por sua vez “particularmente individualista e patrimonialista, razão pela qual o direito subjetivo vinha centrado no critério da titularidade” (MANCUSO, 2012, p. 2), a cultura da Justiça do Trabalho no Brasil remonta às Comissões Mistas de Conciliação, criadas pelo Decreto nº 21.396/1932, culminando na constitucionalização do dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação (art. 122, Constituição de 1934), regulamentação essa que contribui para o histórico de resolução pacífica dos conflitos trabalhistas.

mais importante delas talvez tenha sido o fomento da explosão de litigiosidade (MANCUSO, 2014, p. 55).

A realidade do Poder Judiciário no País atualmente é de crise. Isso porque, em decorrência do monopolismo da justiça estatal e da competência universal do Poder Judiciário, o número de processos em curso não é vencível. Apesar da constante tentativa de aumento da sua estrutura, a efetivação de direitos se vê muitas vezes prejudicada pela demora na prestação jurisdicional<sup>68</sup>. A prática cada vez mais evidente de incentivo a litigiosidade e a excessiva formalidade dos processos judiciais faz com que o número de processos cresça exponencialmente<sup>69</sup>. Além disso, as relações intersubjetivas cada vez mais complexas demandam a inclusão e discussão de diversos entes em um único processo, o que também contribui com a demora e necessidade de decisões mais detalhadas e heterogêneas<sup>70</sup>.

A crise judicial nacional não afeta exclusivamente os jurisdicionados. A morosidade dos processos no Brasil e falta de previsibilidade dos provimentos judiciais afetam diretamente o desenvolvimento econômico do País. Pinheiro (2005) analisa que a dependência do setor produtivo do apoio do Poder Judiciário implica diretamente no desenvolvimento da economia. Do ponto de vista dos empresários, a falta de segurança jurídica e a excessiva morosidade judicial brasileira desestimulam o investimento no País.

Para Mancuso (2014, p. 43), no entanto, a principal causa do volume excessivo de processos no sistema judiciário brasileiro não reside na falta de legislação idônea para tratar do problema. A causa seria, assim, a “cultura judiciarista” e o desrespeito aos preceitos processuais legais, especialmente no que diz respeito aos prazos, o que faz com que a demora da resolução das demandas se torne crônica.

---

<sup>68</sup> Pinheiro (2005) analisa em sua pesquisa os obstáculos para um bom funcionamento do Judiciário. Dentre os fatores mais preponderantes, destacam-se a falta de recursos materiais, o excesso de formalidades nos processos judiciais, o número insuficiente de juízes, a legislação ultrapassada e o elevado número de litígios.

<sup>69</sup> Segundo informações extraídas do relatório “Justiça em números 2018” (BRASIL, 2018, p. 56) “no ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011”. Além disso, apesar de ter o Poder Judiciário baixado no ano de 2017 mais de 30 milhões de processos, terminou o ano com mais de 80,1 milhões de processos em tramitação. Isso significa que “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas, e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 7 meses de trabalho para zerar o estoque” (BRASIL, 2018, p. 74). Portanto, percebe-se facilmente o alto impacto dos custos de manutenção do Poder Judiciário no Brasil, assim como o crescente e constante aumento do recursos ali alocados, não acompanhado pela melhora da prestação jurisdicional.

<sup>70</sup> Nunes e Teixeira (2013, p. 10) relacionam a explosão da litigiosidade com a crise de governabilidade e crise judicial: “A consolidação do Estado-Providência representou ‘a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance’. Essa integração logo se traduziu em novos conflitos a serem dirimidos pelos tribunais (...) no Brasil os direitos sociais da redemocratização se converteram em demandas, e também em despesas públicas insuprimíveis de acordo com a disponibilidade orçamentária, sob o risco da credibilidade do sistema político. Os serviços se ‘expandir[am] numa velocidade acima do suportável pela estrutura econômica’, e assim se instalou a crise fiscal dos anos 80, acompanhada pela crise da governabilidade<sup>100</sup> e da Justiça”.

No caso dos direitos transindividuais, esta realidade é ampliada. Uma práxis menos desenvolvida, doutrinas modernamente criadas e ainda pouco difundidas e pacificadas, aliadas a alterações legislativas em normas esparsas, visto inexistir um sistema codificado para tutela desses direitos, apenas agregam dificuldades àquelas situações problemáticas anteriormente citadas. Mancuso (2014, p. 44) chega a dizer que a justiça estadual “está afeta a lidar com litígios entre sujeitos determinados” e por esta razão não “revela a mesma aptidão quando se depara com crises de largo espectro, multifacetadas, envolvendo crises que revelam dos planos social, políticos, econômico” como são aquelas que envolvem, via de regra, os direitos transindividuais. Ocorre que, os direitos coletivos lato sensu são, via de regra, de interesse da coletividade, e por isso a sua efetivação e execução rápida e concreta são incontestavelmente preocupações que devem ser prontamente atendidas, não podendo ficar à mercê da demora do judiciário.

Não se pode admitir, contudo, que os problemas decorrentes da falta de efetividade dos processos e crise de legitimidade do Poder Judiciário decorram unicamente da não observância da norma pelos operadores do direito. É preciso reconhecer que a ineficiência da esfera administrativa – especialmente para “equacionar e resolver os megaconflitos” – potencializam a corrida ao judiciário, o qual não pode deixar de receber a demanda. Além disso, a elaboração de leis e medidas provisórias conflitantes e mal formuladas, a falta de interesse dos Poderes Executivo e Legislativo em realizar reformas em áreas sensíveis por receio de ônus político, são fatores que afetam diretamente o trabalho do terceiro Poder. Esse fenômeno é tão recorrente na prática brasileira que pode ser considerada um agravante da citada cultura judiciarista (MANCUSO, 2014, p. 44-50).

A resistência aos meios alternativos – sintoma e consequência da cultura judiciarista nacional<sup>71</sup> – apenas agrava a crise de crescimento exponencial do número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro.

---

<sup>71</sup> Parte da crítica acerca da cultura judiciarista menciona a forma de ensino do direito nas universidades. Embora muito possa ser dito à esse respeito, não há espaço para tanto no presente trabalho. Algumas breves considerações, contudo, merecem destaque: a primeira é que já é possível encontrar em um grande número de obras, incluindo aquelas voltadas ao estudo do processo civil, mencionando o papel pacificador do processo. Lembra-se, outrossim, da previsão de Cappelletti (1991, p. 2) já no início da década de 90: “não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos (...).No lugar de uma concessão unidimensional, limitada à verificação da norma, se propõe assim, uma concessão tridimensional do direito e de sua análise: uma primeira dimensão sendo aquela que se baseia na premissa, ou problema, da necessidade, carência ou instância social que um dado setor do direito entende resolver; a segunda examina a resposta, a solução, no plano normativo, mas também institucional e processual, empenhada em resolver aquele problema, ou carência, ou instância social; no entanto, a terceira é aquela que examina criticamente os resultados, no plano lato sensu social (econômico, político, etc.) que de tais respostas ou soluções derivam concretamente, no âmbito da sociedade”.

É preciso avaliar o impacto dessa realidade para a sociedade. Ao que parece, ela põe gravemente em risco a confiabilidade no Poder Judiciário para pacificar as lides sociais e demonstra a fragilidade do adjudicação do poder de resolução de conflitos pelo Estado.

### 3.1.2 Défice na relação custo-benefício

Segundo o relatório “Justiça em números 2018” (BRASIL, 2018, p. 56-59), no ano de 2017 “as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011”. Esse valor corresponde a 1,4% do produto interno bruto nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, os gastos com recursos humanos são responsáveis por aproximadamente 90% da despesa total. Isso quer dizer que quase a totalidade dos recursos destinados ao Poder Judiciário são destinados ao pagamento da remuneração de magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, assim como os demais auxílios e assistências devidos, a exemplo do auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros.

Em relação ao número de processos, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, sendo o crescimento acumulado no período 2009-2017 no total de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos (BRASIL, 2018, p. 73). Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário no Brasil é extremamente caro. Além disso, apesar do constante aumento de recursos ali alocado, não há correspondente retorno em efetividade, visto que o número de processos continua a crescer. Conclui-se, assim, que existe um grave problema de gestão do Judiciário no País. Nas palavras de Dias (2006, p. 42) “a insuficiência de verbas orçamentárias destinadas à prestação do serviço jurisdicional dê-se, em grande parte, pela precariedade da gestão”.

As consequências negativas do monopolismo da jurisdição estatal foram fortemente sentidas na prática dos tribunais<sup>72</sup>. Ainda que o ordenamento jurídico ao longo do tempo tenha buscado alterar a cultura judiciarista, disponibilizando meios compositivos diversificados<sup>73</sup> e combinando meios já existentes, na tentativa de dar credibilidade aos

<sup>72</sup> Negativamente Mancuso (2012, p. 3) afirma que “o demandismo exacerbado está ainda longe de ser substituído ou ao menos atenuado por uma cultura da pacificação”.

<sup>73</sup> Como exemplo, temos no sistema jurídico nacional a Justiça de Paz (art. 98, II, Constituição Federal), a Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, Constituição Federal), a modificação do Código de Processo Civil de 1973 para permitir a separação e divórcio consensual, inventário e partilha na via administrativa (Lei 11.441/2007) e a configuração do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE como órgão “juridicante” (art. 4º, Lei 12.529/2011).

equivalentes jurisdicionais<sup>74</sup>, mantem-se, ainda a regra de judicialização de conflitos no Poder Judiciário. Assim, o Estado além de ser o único criador de normas – que o faz, via de regra, pelo Legislativo – também avocou para si o poder de interpretar e aplicar as leis (MANCUSO, 2014, p. 57).

É importante notar que o papel de adjudicação da solução de conflitos de interesses pelo Estado foi importante, sobretudo se analisado sob à ótica do acesso à justiça. No entanto, segundo a leitura de Watanabe (2011, p. 1-2), a “cultura da sentença” rapidamente tornou moroso e ineficaz a tarefa jurisdicional. O que a constituição estabelece é a “garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”<sup>75</sup>.

Outro problema claro da atual situação do sistema de justiça nacional é a inconstante e precária qualidade das decisões, a falta de uniformidade das prestações jurisdicionais e a dificuldade de efetividade de direitos.

Pedroso (2003, p. 62-66) diz que diante dessa situação, cabe ao Estado realizar uma reforma na administração da justiça. Essas modificações estruturais podem ser categorizadas entre i) deslegalização (redução da intervenção da lei nos comportamentos sociais), ii) desjudicialização<sup>76</sup> (transferência de competência para esferas administrativas ou alternativas ao Poder Judiciário) e iii) informalização da justiça (movimento de justiça alternativa – ADR e desenvolvimento do paradigma do consenso). A segunda e a terceira hipóteses são altamente relevantes para a presente pesquisa e podem ser também verificáveis a partir da experiência prática.

Assim, como consequência à realidade de estagnação judicial, percebeu-se no sistema jurídico brasileiro uma atitude estatal de aos poucos desjudicializar<sup>77</sup> questões que

---

<sup>74</sup> Mancuso utiliza a expressão “equivalentes jurisdicionais” como sinônimos de “outros meios de resolução de conflito” ou “métodos alternativos”. A expressão parece mais acertada, uma vez que o uso da expressão “alternativos” pode implicar que tais métodos são escolhas de procedimento subsidiário à jurisdição estatal, ou que surgiram em alternativa à esta. No entanto, como já foi exposto no trabalho, esses métodos auto e heterocompositivos surgiram antes da formação da jurisdição monopolizada pelo Estado, bem como não são subsidiárias a esta, mas sim opções à vontade do jurisdicionado. Se manifestaram no mesmo sentido: Antonio do Passo Cabral (2016, p. 1) e Zaneti Junior e Didier Junior (2016, p. 37), para quem o critério da “adequação” supera a antiga “alternatividade”. Já Alcalá-Zamora (2000, p. 74) entende que o termo compreende os processos estrangeiros, eclesiais, a autocomposição e arbitragem.

<sup>75</sup> De forma dura, se posiciona Verbicaro (2017b, p. 6) “É fato incontroverso que o Judiciário, há vários anos, já não se revela um espaço adequado à resolução de conflitos, produzindo respostas lentas e pouco satisfatórias aos jurisdicionados, melhor identificados como estatística do que como cidadãos”.

<sup>76</sup> Pedroso (2003, p. 74) aprofunda o conceito: “O conceito de desjudicialização “tem como referência a divisão do trabalho entre os tribunais do sistema judicial e de outras instituições na resolução de conflitos entre justiciáveis”.

<sup>77</sup> Quanto ao papel da desjudicialização para o ordenamento jurídico, diz Pinho (2017, p. 88): “muitas vezes há uma banalização desse instituto, sendo colocado como um mero sinônimo de ‘retirar do judiciário’. Há de se perceber, contudo, que se trata de um fenômeno maior, próprio em si, caracterizando-se como jurisdição fora do judiciário, como um meio alternativo de solução de conflitos dotado de celeridade, eficácia, autenticidade, publicidade e oponibilidade erga omnes”.

antes deveriam necessariamente ser tratadas pelo Poder Judiciário. Foi o caso da Lei de Registros Públicos, que unificou procedimentos sem necessidade de atividade jurisdicional, a Lei nº 8.560/1992, instituindo formas de reconhecimento de paternidade feito por escritura pública, particular ou testamento, a Lei nº 8.951/1994 que autoriza a realização de consignação em pagamento extrajudicial, a Lei nº 11.441/2007 que criou o divórcio e inventário extrajudicial. Até mesmo questões referente à propriedade passaram a ser permitidas pela via administrativa, como a possibilidade de usucapião de que trata a Lei nº 11.977/2009<sup>78</sup>. A ideia de desjudicializar é pensada exatamente “no âmbito do direito e do sistema estatal, como alternativa à incapacidade da resposta dos tribunais à procura, ao excesso de formalismo, ao custo, à ‘irrazoável’ duração dos processos” mostrando-se uma forma de combate às inerentes dificuldades ao acesso à justiça (PINHO, 2017, p. 87-91).

Em sentido similar, Guerra (2000, p. 4) diz que a desjudicialização significa o abandono da visão estritamente formalista do processo e deve ser considerada importante ferramenta à disposição dos jurisdicionados para permitir a persecução das metas constitucionais. Embora ainda imperfeita, a “desformalização” permite “*mejorar la efectividad de los procesos*”.

Apesar dessas recentes tentativas de desjudicialização, o que se depreende desse desenvolvimento histórico foi uma preocupação estatal em desestimular os meios de resolução e conflitos privados e a participação dos próprios interessados na construção da solução do litígio que não foi necessariamente acompanhada com uma preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional estatal.

Em outras palavras, o sistema atualmente não apresenta um equilíbrio na relação custo-benefício: a demora de obtenção da prestação jurisdicional, a baixa efetividade das decisões, a imprevisibilidade dos julgamentos, a falta de unidade e consenso entre Tribunais não mais convence o jurisdicionado de que o Estado deve manter o monopólio da justiça. Ganham força os equivalentes jurisdicionais, como mediação, conciliação, negociação e arbitragem (MANCUSO, 2014, p. 60).

Esses métodos extrajudiciais de solução de conflitos, chamados de métodos alternativos, métodos adequados ou equivalentes jurisdicionais, “são aqueles, como o próprio nome denuncia, que prescindem da atuação do Poder Judiciário para a que o litígio entre as partes seja dirimido”. Dentre as vantagens da utilização desses meios, destaca-se a

---

<sup>78</sup> Note-se, nesse quesito, que o próprio Código de Processo Civil de 2015 admite hipóteses de desjudicialização e trata de novas possibilidades, como o art. 571, que permite a demarcação de terras por escritura pública, o art. 703, § 2º que permite a homologação do penhor legal pela via extrajudicial e o art. 1.071, que altera a Lei de Registros Públicos para permitir o reconhecimento extrajudicial da usucapião.

possibilidade de “uma verdadeira composição da lide, de forma menos custosa, tanto emocional quanto financeiramente, e mais célere” (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 93).

Embora essa balança há tempos mostre uma realidade insustentável, a mudança não parece um desafio facilmente vencível. Isso pois “o rito de passagem de um Estado de tendências repressivas para o plano de um Estado engajado com o bem-estar da coletividade provoca reflexos na experiência jurídica”. No plano processual, por exemplo, é preciso que se abandone “o caráter meramente tecnicista, regulador, posicionando-o numa mirada voltada a atender às exigências que exsurtem a partir das justas expectativas do jurisdicionado com a oferta de uma resposta judiciária de qualidade” (PINHO, 2017, p. 123).

Por estes motivos, atualmente procura-se encontrar a solução para este modelo tradicional já insustentável na releitura de conceitos clássicos da ciência processual e adoção de outros métodos de resolução de conflitos.

### **3.1.3 Necessidade de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição**

Ainda que a resolução de conflitos pelo método heterocompositivo da jurisdição estatal seja o principal método usado na sociedade moderna, é possível perceber que não apenas existem outras formas de dirimir controvérsias entre indivíduos, mas que elas antecederam historicamente a tomada de decisão unilateralmente pelo Estado.

Para Mendes (2018, p. 217), “a crise da democracia e a inafastabilidade da jurisdição acentuaram, nas últimas décadas, o protagonismo do Judiciário”. E isso contribuiu para a instauração de uma realidade onde “o processo judicial monolítico não cumpre adequadamente com a sua instrumentalidade, não pacifica, contribui para a desigualdade e não privilegia o princípio democrático”. É preciso, portanto, promover uma “ruptura com a cultura demandista”, para que seja possível a justa composição de litígios sociais.

Não obstante, a realidade vivenciada hoje no país é de afogamento do Poder Judiciário, quem não tem expectativa de responder adequadamente – e principalmente, em tempo hábil – todas as demandas em trâmite e as que ainda serão propostas.

Em parte, essa procura pela solução judicial dos conflitos se dá pela justificativa de que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXXV, ao prever a impossibilidade de restrição legal de apreciação de matéria jurídica pelo Judiciário, prevê a possibilidade de acesso irrestrito aos tribunais<sup>79</sup>. A inafastabilidade da jurisdição, assim, contribuiu para o

---

<sup>79</sup> Nesse sentido, Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 134-136) entende que, embora não existam limites à possibilidade de utilização do processo enquanto ferramenta de solução de litígios jurídicos, os sistemas jurídicos

entendimento de que é dever exclusivo da atividade jurisdicional do Estado pacificar os conflitos sociais, retirando o protagonismo das partes e demais agentes da sociedade de tratarem dos conflitos.

Para Dias (2005, p. 2), após a Emenda Constitucional 45/2004, o jurisdicionado passa a ter “não só o direito fundamental à jurisdição, como também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável”, criticando a monopolização no sentido de que afeta diretamente a qualidade da atividade jurisdicional realizada pelo Estado.

Assim, segundo Mancuso (2014, p. 45), a realidade nacional induz aos juristas e operadores do direito a repensarem a função jurisdicional. Assim, a garantia do acesso à justiça prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal deveria ser compreendida como “uma cláusula de reserva” e não como oferta primária de meio de solução de conflitos.

Dessa forma, a leitura moderna desse dispositivo constitucional implica não o acesso exclusivo ao Poder Judiciário, mas um “acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa”. Por isso, cabe ao judiciário, especialmente por meio do Conselho Nacional de Justiça, a implantação de políticas públicas hábeis a estimular uma nova cultura de prevenção e pacificação de conflitos (WATANABE, 2011, p. 2-3).

Note-se que o próprio conceito e alcance do termo “jurisdição” já se alterou ao longo do tempo. Atualmente, portanto, ela não é vista não apenas como método para a resolução de conflitos em determinado caso concreto, ou decorrentes de uma lide entre particulares, mas também como verdadeiro regulador da ordem social por meio das regras de direito. Esse pensamento está de acordo com o que era defendido por Teori Zavaski (2009, p. 50-51), como se vê:

A ideia de que a função jurisdicional do Estado somente atua enquanto há conflitos de interesse “é certamente insuficiente para definir os limites cada vez mais amplos que, modernamente, de modo especial no Brasil, assumiu a função jurisdicional”. Ela tem atualmente, a finalidade de tutelar direitos e interesses transindividuais e de proteger a ordem jurídica propriamente dita, ou seja, independentemente da ocorrência de dano no caso concreto.

Ainda que vinculada à noção de Estado, esse conceito apontado por Zavaski demonstra a crescente ideia de vinculação da função jurisdicional a tutela adequada de direitos.

---

preveem diferentes “tipos de processo”, classificados em atenção à suas causas e fatores. Isso demonstra a possibilidade de avaliação de diferentes métodos enquanto ferramentas mais aptas a resolver determinados litígios.

As mudanças, entretanto, devem ser mais amplas. Para Mancuso (2014, p. 60) “o sentido contemporâneo da palavra de jurisdição é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado”. Ela sinaliza, contudo, que o esforço deve ser canalizado na tentativa de frustrar o desenvolvimento de lides, bem como, no caso das lides já formadas, o dever de responder adequadamente às questões. Com isso, ganham destaque no novo sentido de jurisdição a necessidade de resolução em tempo razoável e de maneira justa, leia-se, de forma a respeitar o contraditório e de forma isonômica.

Em sentido similar, Pinho (2017, p. 56-57) fala que a jurisdição contemporânea tem um escopo superior à visão clássica, ou seja, a necessidade de decidir perante um conflito de interesses: “a busca da máxima efetividade de direitos”. E continua o autor:

A contemporaneidade busca uma abertura cada vez maior do direito aos jurisdicionados. Conforme dito oportunamente, abrem-se as portas para a democratização do processo civil, criando, com isso, uma jurisdição participativa e integrativa. Resgata-se a ideia de processo feito para a sociedade.

Note-se que essa releitura não implica excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer tipo de demanda. Pretende-se aqui firmar o entendimento de que conquanto o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição prevê a impossibilidade de exclusão do trâmite de qualquer tipo de conflito no âmbito do terceiro poder através de lei, não impõe que todos os conflitos que surjam na sociedade devam, necessariamente, ser resolvidos por este. O processo judicial é só um meio de resolução de conflito dentre vários outros. Ele está garantido para quem quiser ou precisar usá-lo<sup>80</sup>. Mas existem outras formas disponíveis, e elas devem ser garantidas e estimuladas.

Dessa forma, para pacificar e resolver de maneira adequada os conflitos sociais, é preciso superar o clássico conceito de jurisdição, tornando o foco de estudo a noção de conflito e objetivar a sua pacificação. É imperioso, portanto, desestimular a postura adversarial do processo tradicional e incentivar a ênfase nos resultados<sup>81</sup> a serem obtidos com o procedimento escolhido para solucionar o conflito.

---

<sup>80</sup> Sobre o assunto, diz Bacellar (2012, p. 128): “A tutela jurisdicional é atividade típica do Poder Judiciário, e disso decorre o princípio da inafastabilidade. Nada impede, e tudo recomenda, que em alguns casos convençione-se a eleição de um terceiro para solucionar o conflito, desde que observado o princípio do devido processo legal, incluídos o contraditório, a independência do árbitro e o respeito à igualdade das partes”.

<sup>81</sup> Nesse sentido, Gavronski (2016, 334) avalia a possibilidade de o legitimado para ingressar com a ação coletiva realizar negociação a fim de firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta no protagonismo daquele na concretização do direito. O que importa, então, é a rápida solução do conflito, possibilitando que ele o direito seja garantido na sua integralidade, não a obtenção de sentença favorável apenas quando não é mais possível concretizar o direito em decorrência, por exemplo, do tempo transcorrido em excesso.

Massali (2017, p. 90) denomina de princípio da litigiosidade mínima “a utilização de meios legais que façam reduzir o número de demandas levadas à decisão judicial pelo Poder Judiciário”, de forma a otimizar o acesso à justiça e a própria atividade dos tribunais.

A nova postura esperada dos sujeitos que atuam no sistema de justiça deve ser proativa e orientada para a construção do consenso (GAVRONSKI, 2016, p. 339). E isso implica diretamente na escolha dos métodos adequados para a resolução do conflito específico.

Conclui-se, assim, que os conceitos de jurisdição e acesso à justiça no atual panorama processual civil devem ser relidos e atualizados, ampliando-se o seu sentido para melhor atender a função pacificadora do direito.

### 3.2 MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

A monopolização da justiça pelo Estado ocasionou implicações importantes para a realidade brasileira. O paradoxo do atual panorama nacional é reflexo dessa conjuntura<sup>82</sup>: quanto mais o Estado aumenta a competência para a resolução de conflitos, maior é a necessidade de desenvolver sua estrutura física e de pessoal, mas o acesso à justiça<sup>83</sup> se vê cada vez mais prejudicado pela ineficiência desse modelo.

A figura do acesso à justiça desempenha importante papel, tanto como causa quanto como consequência, no estudo monopolismo da atividade jurisdicional pelo Estado e o papel dos métodos adequados de resolução de conflitos, pelo que se torna imperioso a sua abordagem neste capítulo.

Cappelletti e Garth (1978, p. 182), na célebre obra “Acesso à Justiça”, iniciaram o debate sobre o tema e buscaram dar sentido a essa expressão de difícil conceituação. O ponto de partida segundo os autores é entender o acesso à justiça como determinante das finalidades básicas do sistema jurídico – esse entendido como “the system by which people may vindicate

---

<sup>82</sup> Sobre o assunto disse Peixoto (2003, p. 52): “Nas sociedades contemporâneas desenvolvidas e complexas os tribunais judiciais têm beneficiado de uma maior alocação de recursos financeiros, de mais funcionários com mais qualificações acadêmicas e profissionais e, ainda, do desenvolvimento do recurso às novas tecnologias de informação. Assim, cresce a “produção” destas instituições, ou seja, o número de processos que conseguem terminar num determinado período de tempo. No entanto, na generalidade dos sistemas judiciais assiste-se, em simultâneo, a uma explosão de litigação e a um crescimento da procura a que não conseguem dar resposta”.

<sup>83</sup> Conceituada como “la tutela judicial accesible a cualquier ciudadano para la efectividad de sus derechos” por Campos, et al (2018, p. 335).

their rights and/or resolve their disputes under the general auspices of the state”<sup>84</sup> –, a saber: acesso ao sistema a todos e a produção de resultados justos.

Para os autores, existe uma necessidade real de realizar-se uma nova abordagem do acesso à justiça, partindo da premissa da inevitável compreensão acerca da importância do tema para as realidades dos Estados Contemporâneos. O ponto essencial talvez esteja “in the breakdown of the traditional faith in the soundness of our legal institutions, and inspired by the desire to make the rights of ordinary people real, and not merely symbolic”<sup>85</sup>. E exatamente por isso, exige-se atualmente uma reforma – normativa e acadêmica – de amplo alcance (CAPPELETTI; GARTH, 1978, p. 182).

Assim sendo, “o movimento de acesso à justiça como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana” e tornou-se rapidamente o expoente na luta pela valorização das pessoas, processos e instituições sociais, inclusive no seu papel enquanto agentes capazes de atuar na pacificação social (CAPPELETTI, 1994, p. 1).

Importante frisar que, ainda que a obra tenha sido escrita em 1978, continua sendo referência no estudo do acesso à justiça. No caso do Brasil, onde o Judiciário parece estagnado diante da sua atual situação de sobrecarregamento<sup>86</sup>, a recusa dos autores em aceitar a imutabilidade das instituições e procedimentos – as “engrenagens de justiça”<sup>87</sup> – mostra ainda mais a relevância da obra.

Nos tópicos a seguir, serão trabalhado mais profundamente os obstáculos e as propostas para soluções e superação dos mesmos, segundo entendimento de Cappelletti e Garth, bem como os desenvolvimentos teóricos da doutrina e os reflexos normativos desta no Brasil.

---

<sup>84</sup> Tradução do autor: sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

<sup>85</sup> Tradução do autor: na ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos os direitos do cidadão comum, e não meramente simbólicos.

<sup>86</sup> Essa sobrecarga se dá em parte, pela adoção de um sistema jurídico onde houve a crescente “juridificação das relações sociais anteriormente sujeitos a menos regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais” (PEDRORO, 2003, p. 51). Se antes elas eram restritas ao âmbito privado, resolvidas pela negociação das partes, o alargamento das funções estatais e da disciplinas objeto de tratamento pela ciência jurídica trouxeram tais conflitos para o Poder Judiciário, nos termos daquilo que já exposto no capítulo 3.1

<sup>87</sup> Expressão usada por Cappelletti e Garth, (1978, p. 182), no original “machinery of justice” fazendo referência à máquina judiciária.

### 3.2.1 As três ondas de Mauro Cappelletti

Como dito anteriormente, Cappelletti e Garth são referência no estudo do acesso à justiça. O tema, por sua vez, apresenta um impacto no estudo e desenvolvimento do processo civil.

Pode-se dizer que o processo civil clássico, desenvolvido especialmente durante o período da revolução francesa, possui caráter eminentemente individualista, visto que, à época, o enfoque era a luta contra o regime absolutista e a busca pelo reconhecimento do indivíduo e seus direitos (BRANDÃO; CARDOSO, 2016, p. 77).

Nos estados burgueses a filosofia individualista ainda influenciava demasiadamente os procedimentos adotados para a resolução de conflitos. A passividade do Estado guiado pela máxima do *laissez-faire* não tinha como preocupação o acesso material dos seus cidadãos ao sistema de justiça. A formalização da garantia ao acesso era suficiente (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 183-184).

Os autores basearam sua análise a partir dessa realidade: os sistemas jurídicos fundados na filosofia individualista não foram suficientes para tutelar todas as diferentes situações jurídicas existentes nem tampouco lograram êxito em garantir a participação de todos os jurisdicionados no sistema de justiça, marginalizando uma grande parcela populacional.

Com o passar do tempo, a doutrina dos direitos humanos ganhou força, e a citada visão individualista foi superada pela coletivização do direito. O Estado agora precisava agir positivamente, garantindo o gozo dos novos direitos como trabalho, saúde e educação. O acesso à justiça tomou novo formato, sendo considerado como “requisito fundamental” do sistema jurídico moderno. Por esta razão, Cappelletti e Garth (1978, p. 184-186) entendem que “‘access’ therefore, is not only an increasingly recognized, fundamental social right; it is also necessarily a central focus of modern procedural scholarship. Its study presupposes both a broadening and deepening of the aims and methods of modern legal science”<sup>88</sup>.

Os autores assim tornam o foco da disciplina processual esse acesso efetivo ao sistema de justiça, o qual deve ser composto por diversos instrumentos e institutos capazes de garantir à sociedade a efetivação de direitos. Para que isso seja possível, tendo em vista as

---

<sup>88</sup> Tradução do autor: acesso não é apenas um direito social fundamental crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna ciência processual. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

dificuldades e experiências de diversos países, foram identificados os problemas que afetam esse acesso efetivo.

Importante destacar que o acesso eficaz aos diferentes métodos de resolução de litígios sociais engloba preocupação fundamental para a doutrina dos direitos humanos, sendo que nesse sentido, “los mecanismos alternos de solución de controversias representan un camino expedito para lograrlo” (CAMPOS, et al, 2018, p. 334).

Assim, os autores identificaram algumas ondas do movimento do acesso à justiça voltadas a solucionar esses problemas. A primeira delas concentrou-se na temática da assistência judiciária. Proporcionar serviço jurídico e eximir de custas processuais àquelas que não teriam condições de arcar com os altos custos da máquina judiciária mostraram-se medidas eficientes para garantir o acesso igualitário de todos os jurisdicionados, diminuído as diferenças entre ricos e pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 197-208).

A segunda onda renovatória<sup>89</sup> foi voltada a representação dos interesses que os autores chamaram de difusos, coletivos ou grupais. Essa classificação é vista pelos autores como “revolução” desenvolvida no processo civil, uma vez que este foi desenvolvido com regras de legitimidade, procedimentais e de atuação de magistrados para solucionar o litígio entre dois indivíduos lutando pelos seus respectivos direitos individuais<sup>90</sup>. Com a modificação processual para tutelar esses novos direitos, conceitos básicos como citação, contraditório, representação e coisa julgada precisaram ser alterados. Todas as releituras e modificações trazidas por esta onda renovatória foram responsáveis pela transformação do devido processo legal individualista para uma nova concepção, coletiva e social, o que poderá significar “the effective vindication of the rights of diffuse interests<sup>91</sup>” (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 209-222).

Essa temática é de extrema importância para a presente pesquisa. Entender os direitos transindividuais como revolucionários no processo civil, e que as modificações introduzidas por eles representaram a vitória de um movimento de acesso à justiça contra a estagnação do processo frente aos avanços sociais emergentes à época, além de ressaltar a importância da investigação, reafirma a necessidade de estudo, proteção e promoção desses

---

<sup>89</sup> Zavaski, em sua obra “Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos” (2009, p. 14-22) cita duas ondas renovatórias do processo civil brasileiro. A primeira delas – iniciada, segundo o autor, a partir de 1985 – seria a inclusão de instrumentos de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. Como se vê, identifica-se com a segunda onda de Mauro Cappelletti.

<sup>90</sup> Complementam os autores: “The traditional conception of civil procedure left no room for the private, non-governmental protection of diffuse interests. Litigation was seen as merely a two-party affair, aimed at settling a controversy between -the parties about their own individual rights. Rights tending to belong to a group, to the public or to a segment of the public did not fit well into that scheme” (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 209).

<sup>91</sup> Tradução do autor: efetiva defesa dos direitos de interesses difusos.

direitos. Encontrar meios de efetivá-los é, sem dúvida, objetivo também embasado pelo movimento de acesso à justiça.

Nunes e Teixeira (2013, p. 2) ressaltam que a partir da identificação da segunda onda renovatória foi possível constatar que não era apenas a questão da inaptidão dos instrumentos jurídicos do processo civil tradicional para a tutela dos interesses coletivos. Para os autores

Em virtude da vinculação que esses litígios guardam com temas de políticas públicas, participação popular, reconhecimento de grupos marginalizados e solidariedade social, a questão enredou para além da pesquisa de uma disciplina processual própria/ adequada para a tutela de tais direitos em juízo, terminando por questionar o papel político do juiz, sua função na promoção da cidadania, não deixando de abalar a visão predominantemente individualista do processo judicial.

Por fim, a terceira e última onda renovatória do processo civil em resposta ao movimento de acesso à justiça é mais sensível e mais impactante, sendo chamado pelos autores de “access-to-justice approach” ou “novo enfoque do acesso à justiça”. Ela abrange as instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais voltados a processar e prevenir os litígios na sociedade moderna. Isso porque, ainda que os movimentos anteriores e as conquistas das duas primeiras ondas sejam de importância inquestionável, é preciso reconhecer os seus limites. Assim, ainda é possível observar, no nível prático, dificuldades de garantir a execução dessas medidas no judiciário. Por esta razão, a terceira onda<sup>92</sup> se preocupa com a adequação da técnica processual ao tipo de litígio em debate e com o papel do Poder Judiciário e dos equivalentes jurisdicionais na resolução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 222-227).

Como dito, essa última onda é bastante marcante, e os autores não tem medo de ousar nas propostas e modificações:

The type of thinking promoted by this approach can be understood by a short discussion of some of the advantages which can be gained from it. First, as we have noted, this approach encourages the exploration of a wide variety of reforms, including changes in forms of procedure, changes in the structure of courts or the creation of new courts, the use of lay persons and paraprofessionals both on the bench and in the bar, modifications in the substantive law designed to avoid disputes or to facilitate their resolution, and the use of private or informal dispute resolution mechanisms. This approach, in short, is not afraid of comprehensive, radical innovations, which go much beyond the sphere of legal representation. Further, this approach recognizes the need to relate and adapt the civil process to the type of dispute<sup>93</sup> (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 225).

<sup>92</sup> Cappelletti (1991, p. 7) também conceituou a terceira onda como o conjunto de “estudos, e a reforma, em tese a realizar-se de forma diferenciada da tutela, adaptando-a, isto é, às características e exigências particulares de certas situações pelas quais o processo ordinário se revela estruturadamente e funcionalmente inadequado”.

<sup>93</sup> Tradução do autor: esse pensamento promovido pelo novo enfoque pode ser entendido por uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas a partir dele. Primeiramente, como observamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou

Nesse sentido, ganha força o discurso de implementação de medidas a tornar cada vez mais comum o uso de mecanismos de resolução de conflitos fora do âmbito da jurisdição estatal.

As três ondas foram também interpretadas enquanto respostas aos obstáculos econômicos (primeira onda), organizacional (segunda onda) e o processual (terceira onda), sendo este último “mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico (...), porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento” (CAPPELLETTI, 1994, p. 2).

Enquanto novo enfoque metodológico, o acesso à justiça deve significar mudanças nas estruturas processuais clássicas e suas “arraigadas posturas formalistas”, as quais devem dar “lugar a estudos centrados na materialização dos direitos fundamentais por via de um adequado funcionamento do aparelho processual, seja no tocante a seus institutos abstratos, seja em relação s condições de fato necessárias à atividade jurisdicional justa e efetiva” (GOMES NETO, 2003, p. 37).

Todas essas proposições feitas pelo movimento de acesso à justiça são sintetizadas por Cappelletti (1991, p. 2) anos mais tarde como a superação “do formalismo e do dogmatismo jurídico, com a sua absurda pretensão de uma ‘pureza’ que nada tem a ver com a realidade, se propõe objetivos dos mais diferenciados e mais fiéis à complexidade da sociedade humana”. Dá, para tanto, força às pessoas, aos processos e instituições que permitem que o direito se desenvolva e se imponha:

A velha concepção, "tolemaica" consistia em ver o direito sobre a única perspectiva dos "produtores" e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades a instância e aspirações dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como "produto" (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo. A última tentativa é aquela de aproximar o direito da sociedade civil, da qual tem estado há muito alienada (CAPPELLETTI, 1991, p. 8)

Como se vê, o estudo acerca do acesso à justiça perpassa exatamente os temas que dizem respeito ao presente trabalho: a tutela dos direitos transindividuais e o tratamento adequado dos litígios no sistema jurídico.

---

paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Assim, quando se fala em acesso à justiça não é mais cabível a sua interpretação em sentido meramente formal. É preciso garantir que ele seja efetivo e capaz de cumprir o escopo jurisdicional, ou seja, pacificação dos conflitos sociais.

### 3.2.2 Desdobramentos do movimento no Brasil

Cappelletti e Garth embasaram sua pesquisa na experiência jurídica de diversos países. No Brasil<sup>94</sup> a realidade foi tampouco diferente. Os obstáculos a serem superados para garantir o acesso à justiça material também existem no país e foram objeto de trato normativo.

Pode-se dizer que a primeira onda de acesso à justiça do modelo de Cappelletti foi concretizada com a inclusão de diversas normas voltadas a proteção dos hipossuficientes e a cobrança de custas de maneira diferenciada. Já na década 1950, vigorava a Lei 1.060, a qual tratava da assistência judiciária aos necessitados. Além disso, tem-se a Lei nº 5.584/1970, a qual disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, mostrando a preocupação com o tema em diversos âmbitos do Poder Judiciário.

Um importante elemento concretizador da primeira onda de acesso à justiça se deu através da consolidação da Defensoria Pública em todo território nacional, o que foi feito por meio da Lei Complementar nº 80 de 1994 (conforme previsto no art. 134, da Constituição Federal), incumbindo à essa instituição a orientação e defesa – judicial ou extrajudicial, de direitos individuais e coletivos – dos necessitados, de forma integral e gratuita, foi essencial para a tutela dos hipossuficientes e da garantia de ingresso dos mesmos em juízo.

O juizado especial de pequena causa (Lei nº 7.244/1984) sucedido pelos juizados especiais cíveis e criminais da Lei nº 9.099/95 foram também formas de garantir o acesso à justiça nas causas de pequeno valor econômico. Note-se que em ambas as normativas havia previsão de prevalência da conciliação bem como a possibilidade de instauração de procedimento arbitral.

Atualmente, a Constituição Federal prevê a assistência jurídica por parte do Estado aos que comprovem insuficiência de recursos no rol de direitos fundamentais (art. 5º, LXXIV). Por fim, a inclusão do tema da gratuidade da justiça no Novo Código de Processo Civil (arts. 98-102) não foi singela, havendo possibilidade expressa de pedido de

---

<sup>94</sup> Sobre o acesso à justiça no Brasil, interessante observar que o Ato Institucional nº 5, editado durante o período de ditadura militar no país, em seu art. 11, retirou da apreciação do Poder Judiciário “todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. Essa enorme restrição de acesso à justiça acentua a importância do Poder Judiciário e da sua tarefa de pacificar conflitos no Estado de Direito, encargo esse que impõe a eficiência na sua prestação.

parcelamento de despesas (art. 98, § 6º) e sendo o indeferimento do pedido de gratuidade uma das poucas hipóteses de recurso imediato – agravo de instrumento, art. 1.015, V.

A segunda onda, representada pelo desenvolvimento doutrinário e normativo dos direitos transindividuais já foi bastante explanada no capítulo anterior, pelo que não há necessidade de ampliar-se a discussão nesse tópico. Resumidamente, consubstanciou-se a normatização da tutela de direitos transindividuais, especialmente por meio do Código de Defesa do Consumidor e Lei da ação civil pública, as quais integram o microsistema processual coletivo.

A ligação da doutrina do acesso à justiça para o estudo dos direitos coletivos é tão significativa que não raro encontram-se conceitos em que ambos aparecem ao lado<sup>95</sup>. É o caso de Wambier e Talamini (2010, p. 95), que entendem que processo coletivo tem como objetivo final “propiciar o maior e melhor acesso à justiça para todos os cidadãos, é destinado a regular a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, quais sejam, aqueles que transcendem a esfera individual, classificados no p. único do art. 81 Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

De igual forma, Grinover (2007, p. 787) entende que a preocupação do legislador era, ao inserir na redação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor o título “da defesa do consumidor em juízo”, além de garantir efetividade aos processos consumeristas, garantir “a facilitação de seu acesso à justiça”.

Embora, como se relatou naquele capítulo, em termos normativos a tutela de direitos coletivos no país seja relativamente complexa e ampla, a realidade judiciarista nacional continuam sendo um obstáculo para a concretização desses direitos.

Analisando-se os códigos de processo civil brasileiros, percebe-se que a sua lógica de criação também baseou-se na realidade individualista vivida à época. Assim, autores renomados da Ciência Processual, como Buzaid (2002, p. 33-37) baseavam seus estudos com objetivos de criação de um “Estado moderno” que monopolizava a administração da justiça, com necessidade de um processo “rigorosamente racional” e “dotado de tantos atos quantos sejam necessários para atingir seu escopo”, sendo processo entendido como “instrumento do que Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflitos de interesse”. Além disso, havia uma preocupação com uma dogmática processual – dividindo as funções do processo

---

<sup>95</sup> Torna-se cada vez mais comum também a pesquisa acerca dos direitos transindividuais relacionando-os ao acesso à justiça efetivo. Nesse sentido: “aprioristicamente, poder-se-ia indagar qual a conexão existente entre as temáticas em apreço [jurisdição efetiva e direitos coletivos]. Porém, basta uma análise um pouco mais apurada para que se torne possível visualizar o link existente entre os temas supracitados. Ademais, não se pode olvidar que estamos diante de assuntos inerentes à discussões acerca do acesso à justiça, o que, por si só, evidencia a conexão existente entre eles” (PINHO, 2017, p. 57).

civil (conhecimento, execução, cautelar) – a fim de libertar o processo civil do vínculo com o direito civil “elevando-se à categoria de ciência no quadro geral do direito”. Assim, embora se reconheça a importância desse movimento para o processo civil, é certo que tais configurações rígidas e formalistas não foram capazes de corresponder às necessidades de direitos tão complexos como os transindividuais. Esse panorama que permitiu a criação de um sistema de normas voltados à melhor proteção dos direitos coletivos.

Ainda que a identificação das partes enquanto adversários tenha sido importante para estabelecer como objetivo da disciplina a busca por regras capazes de tornar a disputa justa, tal visão deve atualmente ser superada. De maneira a celebrar a independência e os avanços da ciência processual civil, não mais se fala na busca pela vitória no processo, mas na demanda por uma solução adequada.

Essa talvez tenha sido uma das mais importantes contribuições da doutrina do acesso à justiça: identificar enquanto última onda renovatória a necessidade e quebra de paradigmas e necessidade de adoção de um novo modelo de justiça, fundado na valorização do processo democrático e nos resultados menos onerosos.

E é com base nisso que autores contemporâneos defendem a ideia de que “uma das formas de se aprimorar o acesso à justiça é fomentando a participação dos cidadãos, criando canais que viabilizem uma efetiva atuação do cidadão” (PINHO, 2017, p. 58), abandonando a ideia de jurisdição estática e pacificação de conflitos feita exclusivamente através da imposição da vontade.

Em sentido similar, para Pedroso (2003, p. 76), a realidade social impõe a necessidade de desenvolvimento de um novo modelo jurisdicional:

O modelo judicial de resolução de litígios, com o seu formalismo, custo e distância dos cidadãos, não se adapta a esta sociedade mais consumista, com mais litígios de massa, mas também mais descentralizada, que pede mais participação aos cidadãos e em que se procura mais autonomia na relação com as estruturas estaduais.

Da mesma forma, o “rigor” formal e a monopolização da justiça pelo Estado vem sendo questionadas, e os reflexos dessa crítica são também aplicados à tutela de direitos coletivos cujas particularidades tão próprias justificaram a adaptação de conceitos processuais clássicos, criando-se um sistema de proteção autêntico.

Desta feita, a terceira e última onda preocupou-se com a ampliação do acesso à justiça<sup>96</sup>. Assim, a partir dela é possível falar de uma nova concepção desse acesso, não mais

---

<sup>96</sup> Importante mencionar, nesse ponto, que o movimento de acesso à justiça em si trouxe consequências que devem ser enfrentadas também pelo próprio movimento. Isso porque “o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que

tendo o monopólio concentrado no Estado, mas consentindo e estimulando outras modalidades, ou seja, incentivando os equivalentes jurisdicionais (MANCUSO, 2014, p. 62)

Baseado nessa visão, Mancuso (2014, p. 46) entende que o papel do judiciário deveria ser restringido ou diminuído:

Nesse panorama, o Judiciário atuaria como *instância residual*, e não, como hoje acontece, *protagonizando* a cena em modo de uma instância primária, chamado a atuar ainda em meio à *eclosão* dos conflitos, sobretudo os metaindividuais, os quais poderiam e deveriam antes passar por um estágio de maturação e tentativa de resolução ou ao menos de equacionamento perante *outras* instâncias, consultivas ou decisórias, e bem assim, mediante *outros meios*, auto e heterocompositivo.

Dessa forma, esse modelo de justiça monopolizada vai perdendo espaço para a chamada “justiça compartilhada”, a qual, na releitura dos conceitos de jurisdição e processo, defende o ideal de direito “capaz de resolver as controvérsias de modo justo, convincente e tempestivo, sem deixar resíduos conflitivos, que, num ponto futuro, tendem a se degradar em novas lides”. O sentido de jurisdição portanto, é desconectado à noção de Estado. Por outro lado, ele está integrado com ideais de prevenção à formação de lides e resolução do conflito em tempo razoável (MANCUSO, 2014, p. 59-60).

Cappelletti (1991, p. 6) chegou a criticar a “luta pelo direito” nas sociedades ocidentais como sinônimo de litigância, pois “nós devemos ter a humildade de nos convencer de que temos ainda muito a aprender de outras civilizações, nas quais o contencioso judiciário é visto como uma última instância”, onde o papel das soluções alternativas, conciliatórias é de criar um ambiente de “coexistência”.

Essa alteração do significado de conceitos tão fundamentais para o processo civil mostra a evolução que esta disciplina experimentou ao longo do tempo. Assim, enquanto o Código de Processo Civil de 1973 refletia os valores liberais e baseava-se na doutrina de Chiovenda de separação do processo do direito material a ser tutelado, o que favorece a burocratização da função judicial, as alterações sociais no atual Estado de Direito exigiram que as tutelas jurisdicionais e a mentalidade dos processualistas e demais operadores do direitos se alterasse para conviver de forma harmoniosa com os preceitos constitucionais, especialmente o da tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 53-56).

Em contraposição ao diploma antigo, o Código de Processo Civil a partir da Lei nº 13.105 de 2015 mudou drasticamente de posicionamento. Logo no primeiro capítulo são

---

as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar”, e isso gera consequências, a maior delas é o número crescente de demandas. Por esta razão a terceira onda, da busca pelos métodos mais adequados se mostra ainda mais relevante (CAPPELLETTI, 1994, p. 4)

elencadas as normas fundamentais do processo civil e já no art. 3º, ao tratar do tema do acesso à justiça, o código prevê que deverá ser estimulado a solução consensual dos conflitos e o uso de outros métodos de resolução de conflitos.

Dessa forma, a partir da análise de todos esses elementos, é possível concluir que a jurisdição vai perdendo seu caráter estático, ligado a soberania, correspondente no poder de decidir no caso concreto para ser analisada sob seu potencial dinâmico, relacionado à função do Estado de Direito de promover seu fim de pacificação social por meio da resolução rápida e justa dos conflitos em um tempo razoável. Isso porque, a mensagem contida no texto constitucional da qual usualmente se extraiu o clássico entendimento do acesso à justiça, ou seja, o art. 5º, inciso XXXV, deve ser interpretado de forma que permita concluir que a resolução de controvérsias é uma tarefa confiada ao judiciário, no entanto, não é feita exclusivamente por ele.

Para concretizar a terceira onda de acesso à justiça de Cappelletti e Garth no Brasil é preciso, portanto, capacitar os operadores do direito nas técnicas de resolução de conflito autocompositivas, como mediação e conciliação, devendo para isso superar inclusive a formação acadêmica tradicional que fomenta o litígio e o formalismo<sup>97</sup> processual em detrimento da busca pela solução com qualidade do problema. É preciso ainda, reconhecer que acesso à justiça não significa acesso ao litígio, mas que deve ser representada por uma solução eficiente e ágil, mediante a utilização de métodos capazes de promover essa resposta adequada, como os métodos autocompositivos, que há tempos não são mais considerados secundários ou alternativos à jurisdição estatal e que devem ser vistos como meio preferencial para atingir tais fins (BADINI, 2016, p. 226-228).

Da releitura do papel da jurisdição estatal e da ampliação do sentido de acesso à justiça, passou-se modernamente a estudar meios de frear o aumento descontrolado de novas ações no judiciário e de concretizar os ideais propostos originalmente por Cappelletti e Garth, dando foco nos métodos auto e heterocompositivos não estatais de solução de conflitos como meios adequados à produção de respostas eficientes e apropriadas aos mais diversos tipos de disputas.

---

<sup>97</sup> Petit Guerra (2000, p. 4-14), analisando o impacto do formalismo processual na sociedade venezuelana, chega a dizer que esse fenômeno cria uma fronteira que separa o Estado da Sociedade, e que “formas procesales (que actualmente están al servicio de la justicia), impedían su misma consecución”. Defende, assim, a ideia do “principio anti formalista ‘en el sentido que en la interpretación de la norma en los casos de ‘formalidades’, se hiciera más favorable a los derechos humanos a fin de garantizar la realización de la justicia y por ende a la tutela judicial efectiva””.

### 3.2.3 Modelo multiportas do Código de Processo Civil de 2015

A tendência atual é de alterar a cultura judiciarista e disponibilizar outros meios auto e heterocompositivos de resolução de conflitos, a fim de firmar a credibilidade nesses equivalentes jurisdicionais (MANCUSO, 2014, p. 57). Para tanto, o ordenamento jurídico nacional vem se modernizando para atender a esse fim. Esse recente movimento de valorização dos métodos alternativos como a mediação e arbitragem, a experiência com os juizados especiais e procedimentos desjudicializados produziram frutos, culminando na criação de um novo modelo processual brasileiro encabeçado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, a normatização do processo civil nacional passa por uma radical transformação: paulatinamente ocorre o abandono da previsão legal do modelo de justiça monopolizada pelo Estado-juiz, o que é sustentado pelas novas leituras de acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e da função do processo<sup>98</sup>. O resultado é criação de um sistema de justiça *multiportas*<sup>99</sup>, ou seja, que permite a resolução de conflitos através de diferentes formas de acesso.

Segundo Cabral (2016, p. 1) o termo *justiça multiportas* foi primeiramente usada por Frank Sander em sua obra *Varieties of dispute processing* de 1979, em que o autor tratava do tema dos “meios alternativos de resolução de conflitos” ou *Alternative Dispute Resolution – ADR*<sup>100-101</sup>.

O movimento ADR é, em síntese, um movimento social não homogêneo composto por diversos setores da sociedade assentado no “princípio de questionar a

<sup>98</sup> Sobre o assunto, Pinho (2017, p. 250) diz se tratar de verdadeira modificação de paradigmas a tomada de posicionamento do CPC15 de valorizar os demais métodos alternativos de resolução de conflito, como as mediações, conciliações e arbitragens.

<sup>99</sup> O sistema multiportas se contrapõe, portanto, ao modelo da “justiça de porta única” (ZANETI JUNIOR, DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 36).

<sup>100</sup> Também representado pela sigla MASC – métodos alternativos de resolução de conflitos. Assim, para Campos, et al (2018, p. 335) “Los medios alternos de solución de conflictos (en adelante MASC), por su parte, son procedimientos diferentes a los jurisdiccionales que tienen como objetivo resolver conflictos suscitados entre partes con un problema de intereses”.

<sup>101</sup> Moffitt (2006, p. 438-441) diz que a ideia de *alternative dispute resolution* para Sander, ou seja, a ideia “that disputes might be ‘processed’ in different ways”, nasceu do seu trabalho com diferentes campos do direito: “if Frank had not spent years studying the tax system, labor law, and family law, he likely never would have been confronted with the stark discrepancies in the legal system’s handling of each variety of dispute”. Note-se que a sistemática jurídica americana é sensivelmente diferente da brasileira, mas em ambos os casos é possível falar na necessidade de adaptação do procedimento para essas diferentes áreas jurídicas. Extrai-se dessa observação a conclusão de que a necessidade de adaptação de procedimentos ou escolha do melhor método de resolução de conflitos é inerente à imposição de garantir o melhor tratamento jurídico a determinada situação.

centralidade dos modos jurisdicionais em matéria de regulação social”<sup>102</sup>. Centralizado em uma ideologia de informalismo, baseia-se na pretensão de “diminuir a duração e o custo dos processos e simplificar a complexidade dos procedimentos”. Há grande foco na sua defesa fundamentado na “inadaptação do sistema judicial para a resolução de certos tipos de conflitos, designadamente ambiente, interesses difusos, múltiplas partes, pelo que propõem técnicas mais informais como a mediação” (PEDROSO, 2003, p. 71).

A característica principal desse sistema é o entendimento de processo judicial como como *ultima ratio*, dando preferência para soluções autocompositivas. O acesso à justiça pelos Tribunais dá lugar à via da adequada composição e a finalidade do processo vai perdendo a sua característica de tutela processual, ou seja, como um fim em si mesmo, para preocupar-se com a tutela dos direitos (ZANETI JUNIOR; DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 36).

Nesse sentido, ganha destaque o entendimento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2017, p. 36-37), para quem a fase mais moderna da disciplina processual é caracterizada “pelo dever de buscar todos os meios possíveis para a pacificação do conflito”. Dessa forma, são privilegiados os resultados do processo, tornando-o instrumento para a concretização dos direitos materiais, aproximando-se, enfim, a disciplina processual e material, com observância da “supremacia dos direitos de base constitucional”.

O Código de Processo Civil de 2015, em fina sintonia com esse entendimento, prevê em seu art. 3º que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, mas já no § 3º diz que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2017).

Assim, o novo sistema processual adotou o modelo multiportas, garantindo o direito de acesso ao Poder Judiciário por meio do processo, mas determinando que os sujeitos que ali atuem deem preferência para o uso de meios alternativos<sup>103</sup> que se mostrem capazes de

---

<sup>102</sup> Cappelletti (1994, p. 1) diz que a expressão ADR pode ter um caráter mais amplo, no sentido de contemplar “expedientes judiciais ou não - que tem emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, de procedimento”. Englobariam nesse conceito as próprias ações coletivas. Faz-se essa distinção pois, embora o termo possa ter adotado diversos significados a depender da inclinação histórica de diferentes épocas, ao que parece sua tendência mais moderna está ligada ao questionamento do monopólio estatal na resolução de conflitos e os métodos ali empregados.

<sup>103</sup> Pinho (2018, p. 147) analisando o método da mediação e questionando o uso da qualidade de alternatividade atribuído aos métodos adequados de resolução de conflito diz que “a mediação não é meio alternativo à via judicial e nem esta é alternativa a primeira. Todos os meios de resolução de conflito se complementam num sistema integrado, assim como expresso no art. 3º do CPC/2015, que deve abarcar também as hipóteses de desjudicialização, na medida em que essas ferramentas se afinam com a ideia do uso racional dos meios judiciais”.

responder mais adequadamente às necessidades que eventualmente surgirem em decorrência do conflito.

A partir da leitura do art. 3º, percebe-se que a responsabilidade pela promoção do sistema multiportas é do Estado, mas também dos juízes, advogados e promotores, bem como dos demais servidores da administração pública. Nesse sentido, Gavronski (2016, p. 343) diz que o legislador fez bem a sua parte para alterar a cultura judiciarista vigente no país. Cabe agora a esses sujeitos demonstrar a sua vontade em participar dessa mudança paradigmática e profunda do sistema processual civil.

Venturini (2016, p. 4) diz que esse momento histórico de adoção pelo Brasil do modelo de justiça multiportas, com a tentativa de institucionalizar os meios alternativos de resolução de conflitos, permite o questionamento da “imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis”.

Tratadas como meios alternativos de resolução de conflitos, os métodos compreendidos no sistema multiportas são, na verdade, resgate da solução particular de controvérsias, em detrimento da realidade de quase absoluta exclusividade da resolução por meio da justiça estatal. Esse entendimento é fortalecido pelas ideias de superação do conceito tradicional de jurisdição, desvinculando-o do poder político do Estado. Assim, torna-se irrelevante a pacificação por obra do Estado ou por meios particulares, desde que ela se mostre eficiente.

Dider Junior e Zaneti Junior (2016, p. 37) destacam que o sistema multiportas respeita a escolha dos interessados, em atenção ao princípio da autonomia da vontade previsto no art. 166 do Código de Processo Civil. Ademais, assim como foi estabelecido acima, os autores destacam a superada “alternatividade” anteriormente atribuída a essas formas de resolução de conflitos. Isso porque nem a Constituição Federal nem o Código de Processo Civil preveem a superioridade da resolução de conflitos da justiça estatal sobre os demais métodos. Assim, elas devem ser vistas como diferentes opções, ou “portas”, colocadas à disposição da sociedade para dirimir seus conflitos.

Ressalte-se, nesse ponto, que “o uso de técnicas alternativas ao processo não significa a privatização deste, mas assinala uma tendência atual de envolver o particular na atividade de solução do conflito. Esse fenômeno se identifica com o espírito de publicização da tarefa pacificadora” (MASSALI, 2015, p. 38).

Assim, para Pinho (2017, p. 262-265) a evolução do estudo acerca da atividade jurisdicional, passou-se pela preocupação com a garantia de acesso, ainda que meramente formal, trabalhou-se a ideia da instrumentalidade da jurisdição, para enfim focar na busca por

uma real efetividade. A preocupação contemporânea é, portanto, “o fortalecimento do princípio da adequação”. Significa dizer:

Temos vários instrumentos ao nosso dispor. Numa determinada situação, vários ou pelo menos alguns deles podem ser acessíveis, instrumentais e efetivos, mas normalmente, apenas um deles será o mais adequado para aquelas circunstâncias concretas. Nesse sentido, assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos (...). O acesso hoje é direcionado ao sistema jurisdicional multiportas (...). Trata-se, portanto, de atribuir eficácia horizontal ao direito fundamental à tutela jurisdicional, que agora deve ser compreendida a partir de cinco predicados: acessível, instrumental, efetiva, adequada e pacificadora.

Modernamente, portanto, buscou-se resgatar a utilização de mecanismos independentes do Estado para a resolução de conflitos<sup>104</sup>. Dentre os métodos postos à disposição dos jurisdicionados através do sistema multiportas, destacam-se a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Nos próximos tópicos serão abordados alguns aspectos relevantes sobre esses métodos.

### 3.3 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE GESTÃO DE CONFLITOS

O método heterocompositivo tendo o Estado como ente com poder de decisão não foi a única forma de resolução de conflitos existente ao longo da história. Mais que isso, foi um método criado posteriormente à outras técnicas, incluindo as autocompositivas, ou seja, métodos de autotutela e negociáveis, e até mesmo métodos heterocompositivos não-estatais, como a arbitragem.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, ainda dominado pela filosofia individualista e baseado no entendimento de que o processo colocava as partes em uma relação de luta, não se lia na codificação processual nenhuma menção à mediação ou conciliação<sup>105</sup>. O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, possuía uma seção referente

---

<sup>104</sup> Em total consonância com o que foi defendido até aqui, resume-se segundo Zaneti Junior e Cabral (2016, p. 8) “a potencialidade de se resolver um conflito por outras formas que não à judicial estatal traz muito mais benefícios do que problemas. E o mais importante deles consiste na adequação que os mecanismos não adversariais e extraestatais podem proporcionar à solução da controvérsia, resultando, acima de tudo, na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda como efeitos reflexos, entre outros, a diminuição dos recursos, a facilitação da execução, muitas vezes com adimplemento espontâneo, e execução imediata das medidas adotadas, e a possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser fomentada na sociedade, atingindo empresas, o Estado e o cidadão (...). Portanto, os entes públicos e privados devem assimilar essa nova realidade, quebrar os dogmas que impedem o consenso e investirem nesses meios de resolução dos conflitos, dando, assim, alternativas à sociedade acostumada com a ideia de litígio e de judicialização como única alternativa, para passar a enxergar a decisão judicial como última alternativa”.

<sup>105</sup> Ressalte-se que a resolução pacífica de conflitos era tema tratado de forma incipiente já nas Ordenações Filipinas (2018), lendo-se no Livro III, Título XX que “no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas

à conciliação dentro do capítulo que tratava sobre a audiência. Apenas 20 anos mais tarde, através das Leis nº 8.952/1994 e nº 9.254/1995 ampliaram a experiência da conciliação no Código, atribuindo como competência do juiz a tentativa de conciliação das partes (art. 125, IV), a possibilidade de agendamento de audiência de conciliação (art. 331), e tornando obrigatória a audiência de conciliação no procedimento sumário (art. 277).

A perda da autonomia privada na resolução de conflitos para o monopolismo estatal fez que com o ingresso ao Judiciário se tornasse necessária. Nesse sentido a obra de Cappelletti e o movimento de acesso à justiça foi fundamental para que fossem operadas as mudanças sociais e legais da atualidade.

Assim, modernamente, dada a constatação de incapacidade da justiça estatal de resolver adequadamente a todos os conflitos surgidos na sociedade, iniciou-se um movimento de resgate e incentivo da utilização de métodos autocompositivos<sup>106</sup>.

A autocomposição pode se dar de diferentes formas. A primeira é a desistência, por meio do qual uma das partes renuncia à pretensão em conflito. A segunda é a submissão, ou seja, quando a renúncia se dá à resistência à pretensão – em outras palavras, é o

---

fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso”. A constituição imperial de forma similar também previa que “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum” (BRASIL, 1824). No entanto, essas precisões não foram reproduzidas no texto da Constituição da República de 1891. Na Constituição de 1934, com a instituição da Justiça do Trabalho, foram criadas às Comissões de Conciliação para dirimir questões entre empregadores e empregados, não se aplicando às demais disposições constitucionais sobre o Judiciário. Previsões semelhantes foram mantidas nas Constituições de 1946 e 1967. Durante esse período, algumas normas específicas previam o uso da mediação, como no caso da Lei 968/1949, que estabelecia a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de despeito litigioso ou de alimentos. Não havia contudo, real política pública de estímulo à autocomposição como se estabeleceu nos moldes atuais. Campos e Franco (2017, p. 263) asseveram que “no Império, a conciliação, prevista constitucionalmente, separava-se absolutamente do processo, mas consistia em procedimento necessário para início de qualquer ação. Na República, porém, a conciliação se transformou, de ato jurídico condicional, em mera técnica processual. Desde a Constituição de 1988, a conciliação voltou à condição de determinação constitucional (...) recebendo grande destaque no Novo Código de Processo Civil do país instituído”. Vê-se, assim, que o tema da pacificação social através do estímulo à autocomposição pelo Estado ganhou novo status com a Constituição de 1988, a qual tratou dos princípios processuais enquanto garantias fundamentais, previu a criação de juizados especiais competentes para conciliação e métodos especiais de resolução de conflitos para a Justiça do Trabalho. Os diplomas que o seguiram, em especial o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil de 2015 ampliaram sobremaneira o tratamento do tema no ordenamento jurídico nacional. Vê-se, assim, que a resolução de conflitos através de métodos autocompositivos no Brasil, embora houvesse alguma previsão legal sobre o tema, só teve tratamento adequado e relevância prática a partir da Constituição de 1988.

<sup>106</sup> Nesse sentido, tem-se que “a incontida litigiosidade que sobrecarrega o Poder judiciário deu causa no Brasil a diversos estudos e iniciativas em busca de soluções que trouxessem novas perspectivas para a prestação jurisdicional. Os Pactos Republicanos de Estado por um Sistema de Justiça mais Ágil e Efetivo traduziram as intenções de todos os poderes da República neste desiderato, consolidaram a política nacional de estímulo à solução consensual dos conflitos (Art. 3º, § 2º e 3º, CPC/2015; Resolução CNMP nº 118/2014; Resolução CNJ nº 125/2010)” (ZANETI JUNIOR; DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 6)

consentimento ou a não resistência à pretensão. Por fim, a terceira forma de autocomposição é a transação<sup>107</sup>, caracterizada pelas concessões recíprocas das partes.

O sistema jurídico nacional mais moderno procurou implementar medidas capazes de estimular o uso desses métodos autocompositivos. Nesse panorama, destaca-se o Código de Processo Civil de 2015 que tem como pilar o estímulo à solução consensual de litígios, adotando expressamente a mediação, a conciliação e outros métodos em seu texto legal<sup>108</sup>.

Note-se que, contrariamente à normativa dos códigos anteriores, o Código de Processo Civil de 2015 passou a estimular o uso dos métodos autocompositivos não como mera alternativa à jurisdição ou necessidade frente à explosão de litigiosidade, mas como nova filosofia processual<sup>109</sup>. A previsão, incluída dentre as normas fundamentais do processo civil eleva o *status* dos métodos autocompositivos e responde diretamente aos anseios da terceira onda de acesso à justiça.

Nas palavras de Pinho (2017, p. 250) “o CPC/15 tomou a opção de valorizar as conciliações e as mediações judiciais, bem como a arbitragem, demonstrando uma verdadeira modificação de paradigma em relação a essas questões”. Essa conclusão também se extrai da leitura da exposição de motivos no novo Código, uma vez que

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz (BRASIL, 2015, p. 30).

Importante destacar que mesmo anteriormente à promulgação do novo Código, já existiam normatizações em diferentes órgãos cujo objetivo principal era o estímulo ao uso de métodos autocompositivos.

<sup>107</sup> Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 89-90), reafirmando a tríade autocompositiva, diz que a transação, uma vez limitada ao âmbito privado, tem sua aplicação ao longo dos anos sido estendida, havendo previsões legais modernas de utilização no processo penal, por exemplo, sem que possa se falar em violação aos direitos de acusar ou punir.

<sup>108</sup> É o que se depreende da leitura do seu art. 3º, §§ 2º e 3º, *in verbis*: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2017).

<sup>109</sup> A importância dos métodos autocompositivos enquanto ferramenta de combate à cultura judiciarista vem sendo também reconhecida em grau cada vez mais significativo pelos Tribunais brasileiros. No caso do Tribunal de Justiça gaúcho, existem decisões recentes no sentido de reconhecer essa nova visão de prevalência dos métodos pacíficos de resolução de conflito no âmbito da tarefa pacificadora do judiciário, havendo ainda o entendimento de que se constituiu como forma de “direito difuso de descongestionamento judiciário”. É o que se lê: “Então, o que realmente justifica exigir a tentativa da solução extra e pré-judicial, oficialmente disponibilizada às partes, é um direito coletivo e um direito difuso assim explicados: Cada demanda nova no judiciário implica congestionamento, talvez o fenômeno mais corrosivo à jurisdição contemporânea. Nessa linha, a solução do congestionamento in genere constitui fator de relevância na exegese legal necessária para resolver o problema da efetividade da prestação jurisdicional (BRASIL, 2017b).

Em 2009, foi firmado o II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, onde os três Poderes comprometeram-se em trabalhar pela concretização de uma série de objetivos, dentre os quais se destaca o fortalecimento da mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010<sup>110</sup> – a qual foi emendada em 2016 – e que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”<sup>111</sup>.

O Conselho Nacional do Ministério Públicos, por sua vez, editou a Resolução CNMP nº 118/2014, a qual dispõe sobre “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”, a qual objetiva, segundo o seu art. 1º, “assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição”, por meio da implementação e adoção de mecanismos de autocomposição, como os citados no parágrafo único, a saber: negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

Para Cabral (2015, p. 203-204), esse regramento reconheceu a tendência mundial de adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos. Esse fenômeno decorre de uma “cultura de participação, diálogo, consenso e paz” e

destaca que o acesso à justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade mesmo nas causas do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado e também nas ações coletivas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado (...); e determina que deve ser uma

<sup>110</sup> Para Watanabe (2010, p. 2-4), essa normativa decorre da atribuição do CNJ de instituir política pública de tratamento adequado de conflitos de interesse, objetivando ao fim uma “transformação social com mudança de mentalidade”. Dentre as suas mais importantes contribuições, está a atualização do conceito de acesso à justiça, o direito à “solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade” e a “disseminação da cultura de pacificação”.

<sup>111</sup> Sobre a importância da regulamentação para o sistema jurídico nacional e como fonte garantidora do real acesso à justiça, diz Mancuso (2012, p. 6): “O vero acesso à Justiça não tem como ser garantido por um enunciado normativo, ainda que de extração constitucional, mas antes depende da concretização de uma vera política pública nesse campo, nos moldes do enunciado na Res. CNJ 125/2010”. Grinover et al (2015, p. 4) dizem ainda que “Acompanhando a ‘terceira onda renovatória do processo’ segundo Cappelletti, grande avanço, no que diz respeito ao aspecto prático do acesso à justiça no Brasil, foi trazido pela Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamentando a conciliação e a mediação em todo o país e estabelecendo diretrizes aos Tribunais; seu principal objetivo é a melhora da prestação jurisdicional, com o incentivo e regulamentação dos métodos consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação) que levam à pacificação social e, consequentemente, tornam efetivo o princípio constitucional do acesso à justiça, que exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma atenção do Poder Judiciário a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses”.

política pública a estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as.

Dois anos mais tarde o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução 174/2016, dispondo sobre política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista.

A maior singularidade desses métodos para o sistema processual civil é o fato de que proporcionam uma “solução construída”, não havendo, portanto, vencidos e vencedores, o que se ajusta perfeitamente ao novo sistema onde o foco é a solução e tutela de direitos, focada na pacificação social, não mais na busca por uma sentença (MENDES; HARTMANN, 2016, p. 110-111).

Em outras palavras, “a solução jurídica da lide emanada do juízo estatal (...) nem sempre faz desaparecer o conflito social que o impulsionou”. Por este motivo as técnicas autocompositivas – enquanto ferramentas mais democráticas e participativas – se mostram meios mais eficazes de pacificação social (MASSALI, 2015, p. 47).

É também o que defende Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 72-73), para quem há uma grande diferença entre os termos “modo de concluir processo” e “meios de resolver o litígio”, tendo os meios autocompositivos foco nessa segunda categoria, preocupando-se com a lide para além dos limites formais-processuais.

Os métodos autocompositivos mais comuns na experiência brasileira são a negociação, conciliação e mediação<sup>112</sup>. Merece, nesse momento, atenção para as particularidades de cada um deles.

### 3.3.1 Negociação

O termo negociação não é exclusivo dos negócios comerciais. Ele se insere em nível mundial nos chamados *Alternative Dispute Resolutions (ADRs)* ou, na língua portuguesa, Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs). Para P. Moraes (2016, p. 260), a negociação é “toda forma de solução alternativa – alguns usam o termo adequada – de conflitos, controvérsias ou problemas, que tenha o condão de proporcionar ajuste por intermédio de uma boa troca de informações, em suma, de uma boa comunicação”.

---

<sup>112</sup> Para Campos, et al (2018, p. 335), os “medios de solución de conflictos, consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, encontrándose dentro de estos la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje”.

Em outras palavras, a negociação é a forma de resolução de conflito em que as partes, diretamente – ou seja, sem a necessária participação de um terceiro – buscam a solução do problema.

A negociação pode ser competitiva, quando há interesse de maximizar a vitória de uma parte sobre a outra – prepondera o resultado objetivo – e a postura dos negociadores é inflexível, rígidas e formais, ou colaborativa, quando a preocupação é satisfazer o interesse de todas as partes – há prevalência do resultado subjetivo – e os negociadores mostram postura mais maleável e dinâmica (MORAES, P., 2016, p. 260-263).

Dito isso, pode-se concluir que os procedimentos judiciais, via de regra, refletem o método de negociação competitiva. No entanto, existe espaço na prática jurídica para a negociação colaborativa. Esse método de resolução de conflitos, portanto, pode se mostrar um eficiente meio de solucionar conflitos posto à disposição das pessoas que de fato objetivam resolver adequadamente uma determinada controvérsia, uma vez que objetiva encontrar um resultado equilibrado para os participantes, consensual.

Nestes casos, havendo uma solução resultante da vontade direta das partes, a adesão e adimplência desse resultado é muito maior se comparada ao resultado dos métodos de negociação competitiva, onde a parte vencida dificilmente estará satisfeita com o resultado, não havendo estímulo para o cumprimento do acordo. Ainda, os reflexos são sentidos no tempo do cumprimento do acordo: a postura colaborativa estimula o cumprimento rápido dos termos acordados pelas partes, visto que ambas foram a favor dos mesmos, enquanto a postura competitiva prejudica a celeridade, visto que o perdedor não terá interesse em cumprir o acordo espontaneamente (MORAES, P. 2016, p. 263).

O art. 8º, da Resolução 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público recomenda o uso dessa técnica diante da configuração de conflitos “em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal”. O parágrafo único estabelece algumas situações específicas em que o uso da negociação se mostra aconselhável, como “solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados”.

Como se vê, a previsão contida no *caput* do artigo supracitado é bastante genérica, o que possibilita a interpretação de que a negociação pode ser largamente utilizada no âmbito de atuação do Ministério Público. Além disso, dentre as situações listadas no parágrafo único destaca-se aquelas decorrentes das parcerias público-privadas, pelo que possível a conclusão

de que possível a participação de entes públicos e de tutela de direitos de interesse público por meio de negociação.

Segundo Gavronski (2016, p. 337), ao tratar da negociação na Resolução nº 118, o Conselho Nacional do Ministério Público “lançou luzes sobre a potencialidades dos meios autocompositivos na tutela coletiva”.

Em dissertação sobre o tema, Merçon-Vargas (2012, p. 121-130) explora as possibilidades de composição de direitos transindividuais por meios alternativos, e conclui que a negociação se mostra um método adequado para a tutela de direitos transindividuais. Partindo da análise dos requisitos subjetivos – analisando-se a capacidade dos legitimados a propor ações coletivas de realizar transação de direitos transindividuais – bem como dos requisitos objetivos – ou seja, possibilidade de transigir sobre tais direitos –, conclui que a negociação permite a exploração de amplo campo de atuação, sendo não apenas possível a sua utilização para resolução de conflitos que envolvam direitos coletivos *lato sensu*, como a é possível aferir a sua adequação para tanto. Existe apenas a necessidade de avaliação da vontade das partes para efetivamente resolver o conflito.

Não apenas no âmbito teórico e normativo foi analisada essa possibilidade. A prática forense mostra não apenas a possibilidade de negociação em sede de conflitos de natureza transindividual, como comprova as suas vantagens. Assim, é comum verificar a utilização de Termos de Ajustamento de Conduta<sup>113</sup>, prática permitida pela Lei da ação civil pública, integrante do microssistema processual coletivo.

O Termo de Ajustamento de Conduta deve ser entendido como o “instrumento extraprocessual de autocomposição por negociação” utilizada pelo legitimado coletivo para compor diretamente com o responsável pela lesão a solução jurídica ao caso concreto, atuando em nome próprio em defesa de todos os titulares dos direitos ofendidos (GAVRONSKI, 2016, p. 346).

A possibilidade de transação através do Termo de Ajustamento de Conduta vem ampliando-se ao longo do tempo<sup>114</sup>. Atualmente, “o espaço transacional possível no

---

<sup>113</sup> Quanto à efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta diz Badini (2016, p. 225-226) que segundo pesquisa realizada pela parceria do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, através do Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais (NUCAM/MPMG) e o Centro de Pesquisa em Direito e Meio Ambiente (COMA) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), constatou-se que na perspectiva de mais de 98% dos promotores de justiça mineiros “a solução extrajudicial do conflito ambiental afigura-se mais adequada que a via judicial de resolução do litígio, sendo certo que 93,5% já celebraram os chamados termos de ajustamento de conduta (TAC) ou participaram da formalização de acordos judiciais”.

<sup>114</sup> Mancuso (2012, p. 4) diz “nada impede – e não raro se recomenda – que, ao invés dessa solução adjudicada, a lide venha resolvida mediante transação, mormente quando envolve conflito multiplexo, que depara a crise propriamente jurídica, como se dá com os exitosos compromissos de ajustamento de conduta (§ 6.º do art. 5.º da

compromisso de ajustamento de conduta pode ir além das questões atinentes à forma, ao modo e ao tempo de cumprimento das obrigações que vierem a ser assumidas pela parte contrária à coletividade” (ROQUE, 2014, p. 115).

Assim, Cabral (2015, p. 199-201) diz que o TAC pode ser considerado verdadeira negociação de âmbito coletivo, “sempre com vistas à máxima efetividade da tutela desses interesses”.

Como se vê, a partir dessa análise, a possibilidade de negociação direta entre o órgão legitimado para propor ação civil pública e o interessado que está atuando em desconformidade com a lei, inclui, não apenas a negociação intraprocessual<sup>115</sup>, mas também permite e atuação fora do âmbito do Poder Judiciário, por meio do estabelecimento de compromisso.

### 3.3.2 Conciliação

Historicamente o tratamento normativo da conciliação no Brasil remete à colonização Portuguesa<sup>116</sup>. Segundo Campos e Franco (2017, p. 276):

Tornou-se instituto constitucional em 1824, sem o que não se iniciava nenhum processo no país. No Brasil República, a conciliação foi relegada pelo ordenamento jurídico, seja pela alta incidência de revelia, seja pela influência do formalismo jurídico. Manteve-se fracamente disciplinada na primeira República por meio da manutenção do antigo Decreto 737 de 1850 e pelos novos códigos processuais estaduais. Depois de 1930, a conciliação foi relegada a um plano muito secundário em face do fortalecimento de uma concepção autoritária de processo pelo código de 1939 (...). A partir da década de 1970, porém, a conciliação voltou ao ordenamento jurídico para se tornar, em 1988, novamente preceito constitucional. Nota-se o trânsito da cultura jurídica formalista e autoritária dos anos de 1930 para uma nova cultura, que concebe o processo além do contencioso.

A conciliação é um método autocompositivo, o que significa que a resolução do conflito será feita pelas próprias partes, não havendo imposição da solução por terceiro (PEIXOTO, 2016, p. 91). Isso não significa que as partes sejam os únicos sujeitos atuantes na conciliação. Isso porque essa técnica prevê a participação e um terceiro, chamado conciliador. Segundo o art. 165, § 2º, do Código de Processo Civil, este não tem poder de decisão, ou seja,

---

Lei 7.347/1985), recorrentes nos casos de conflito ambiental, certo que tais documentos, levados à homologação, se convertem em título executivo judicial”.

<sup>115</sup> Gavronski (2016, p. 334-337) ressalta que, apesar de não haver previsão expressa na Lei de ação civil pública de possibilidade de negociação durante o curso do processo, a leitura atual do microsistema de processo coletivo através do novo paradigma jurídico, diga-se, uma justiça mais informal, participativa e negocial, permite a transação processual de direitos coletivos. Além disso, “ofenderia os princípios mais básicos da interpretação jurídica entender que os legitimados coletivos podem compor com os responsáveis fora do processo judicial, sem qualquer fiscalização, e não podem fazê-lo no curso da ação civil pública, em que a solução ficará sujeita à apreciação judicial”.

<sup>116</sup> Ver nota 105.

seu papel é de sugerir soluções para o litígio, sem que haja configuração de constrangimento ou intimidação.

Embora não seja possível confundir às técnicas, a conciliação e a mediação foram tratadas de maneira similar no Código de Processo Civil de 2015. O Código, contudo, distinguiu a atuação dos conciliadores e mediadores. Assim, tem-se que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, ou seja, onde haja necessidade de resolução de conflitos objetivos, isto é, onde não haja relações anteriores, emocionais ou muito antigas, como no caso de acidentes de trânsito, por exemplo. P. Moraes (2016, p. 267) chama a atenção quanto às relações de consumo massificado, como entre bancos e seus clientes ou entre os planos de saúde e os segurados, pois apresentam esta característica, o que sugere a possibilidade de resolução desses conflitos pela conciliação.

A tarefa do conciliador é, portanto, sugerir soluções para o litígio (art. 165, § 2º, CPC). Não há limites quanto à essas sugestões, podendo ela ser inclusive específica em relação a valores, tempo e duração de obrigações.

O Código de Processo Civil com a sua nova redação dada pela Lei nº 13.105/2015 procurou estimular o uso da conciliação como técnica de resolução de conflitos, havendo no Código, inclusive, a previsão expressa de utilização da técnica no âmbito dos Tribunais (art. 165-175, do Código de Processo Civil). Além disso, o novo Código de Processo Civil estabeleceu uma audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, do Código de Processo Civil) que, nas palavras de Peixoto (2016, p. 92) é “quase obrigatória”, visto que depende da manifestação negativa de ambas as partes para não ocorrer<sup>117</sup>.

Embora tenha o Código tido a intenção de estimular a conciliação, a prática judicante ainda apresenta resistência, mesmo em relação à audiência de conciliação e mediação. Nesse sentido, não é difícil encontrar decisões em que embora as partes manifestem interesse na sessão voltada à conciliação, os magistrados justificam a não realização do ato pela “baixa efetividade do método” ou pela “impossibilidade fática de realização de mais audiências”. Além disso, os próprios números do quadro pessoal do Poder

---

<sup>117</sup> O autor usa essa expressão pois o Código de Processo Civil estabelece que essa audiência não será realizada apenas no caso de não ser admitida a autocomposição ou na hipótese de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4º). Esse desinteresse deve ser manifestado pelo autor na petição inicial e pelo réu por petição apresentada com 10 (dez) dias de antecedência da audiência (art. 334, § 5º). Caso haja litisconsórcio, todos os litisconsortes devem demonstrar desinteresse na realização da audiência (art. 334, § 6º). Além disso, caso as partes não manifestem o desinteresse e não compareçam à audiência de conciliação ou de mediação injustificadamente, serão multadas por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, § 8º). Para Pinho (2017 p. 271) “essa primeira audiência tem, ainda, uma finalidade muito importante. Se bem conduzida, por profissional treinado, operoso e justamente remunerado, pode despertar nas partes a compreensão da necessária distinção entre suas posições (manifestações externas do conflito) e interesse (reais desejos), de forma a construir um feixe maior de possibilidades de acordo”.

Judiciário mostra a falta de compromisso com o pregado pelo Código. Isso porque, segundo a pesquisa “Justiça em Números” (BRASIL, 2018, p. 66-71), no ano de 2017 o Poder Judiciário Nacional era composto por mais de 18.000 magistrados, quase 300.000 servidores, mas contava com pouco mais de 13.000 conciliadores e juízes leigos. Dessa forma, embora a norma dirija a atuação judicial no sentido de valorizar os métodos autocompositivos, a prática forense mostra a dificuldade fática de efetivar tal comando.

O objetivo da conciliação é a obtenção do acordo, evitando-se a necessidade de imposição de decisão pelo Judiciário. É imperioso destacar, contudo, que o novo sistema multiportas do processo civil brasileiro não pode ser interpretado como incentivador da obtenção forçada de acordos. A tentativa de estimular a conciliação visa apenas proporcionar aos jurisdicionados a opção pelo método adequado ao caso concreto<sup>118</sup> (PEIXOTO, 2016, p. 94).

O procedimento da conciliação deve respeitar os princípios processuais constitucionais e as normas fundamentais do processo civil tratadas nos arts. 1-12 do Código de Processo Civil. No entanto, a ele se aplicam outros princípios específicos como a independência, imparcialidade, autonomia vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada (art. 166, CPC).

Para a tutela de direitos transindividuais, Merçon-Vargas (2012, p. 124-132) conclui que a conciliação é um método adequado para a resolução de direitos transindividuais, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Especialmente nas hipóteses em que já há processo coletivo instaurado, a conciliação através de ato processual com o objetivo de pôr fim ao processo se mostra vantajoso, em especial porque mais céleres do que uma sentença que provavelmente teria o mesmo conteúdo; mais barato, pois a conciliação não exige recolhimento de taxa judiciária extra, pelo que do ponto de vista do custo-benefício e qualidade do resultado a conciliação se mostra positiva.

### 3.3.3 Mediação

A mediação não se confunde com o método da negociação ou com conciliação. Ela é uma espécie de transação cooperativa, onde as partes fazem a negociação sendo facilitadas por um terceiro não neutro, o mediador, quem deve orientá-las a ouvir a parte

---

<sup>118</sup> Nesse sentido, Peixoto (2016, p. 94) entende que “mediação e a conciliação fazem parte de um processo de acesso à justiça: como formas mais adequadas de resolver certos conflitos para além da heterocomposição por meio de uma decisão imposta pelo estado-juiz”, destacando o papel dos métodos autocompositivos para a contribuição a um sistema de acesso efetivo à justiça.

contrária e entender o conflito a fim de produzirem um resultado consensual (MORAES, P., 2016, p. 263-264).

Em outras palavras, o método da mediação é aquele que se socorre da ação de um terceiro, chamado de mediador, estranho ao conflito entre as partes. Cabe a este mediador conduzir as partes a um consenso. O ato do mediador não se trata de uma proposta de resolução de conflito, uma vez que não vincula os interessados (MOLINARO; MILHORANZA, 2012, p. 103).

Diferentemente do conciliador, o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (art. 165, § 3º, do Código de Processo Civil). Ademais, sua tarefa não é a de “sugerir soluções”, mas auxiliar os interessados a “compreender as questões e os interesses em conflito” e a reestabelecer a comunicação, para que possam eles mesmos a melhor solução para o caso concreto, conforme determina o art. 165, § 3º do Código de Processo Civil<sup>119</sup>.

Percebe-se, assim, que o objetivo da mediação é “resolver o vínculo, e não o problema isolado”. Essa técnica é, portanto, bastante utilizada para casos de relações continuativas, como aquelas decorrentes das relações familiares ou de vizinhança (MENDES; HARTMANN, 2016, p. 112).

Dessa forma, pode-se dizer que a manutenção das relações é característica específica do método da mediação, não presente de forma tão latente na negociação ou conciliação<sup>120</sup>.

P. Moraes (2016, p. 264) salienta que a mediação utilizada no Brasil possui algumas características que a distinguem da conciliação: a informalidade estruturada. Isso quer dizer que ainda que a ela não esteja sujeita às regras processuais, existe um rito de eficácia a ser seguido. Portanto, podem-se observar diferentes fases da mediação, que vão desde a sua preparação, passando pela apresentação das regras e narração dos fatos até ao acordo e avaliação da mediação.

---

<sup>119</sup> P. Moraes (2016, p. 265-266) diz que uma das características da mediação é o fato de que ela é “não opinativa”, ou seja, decorrente do fato de que existiriam duas posturas diferentes a serem tomadas pelos mediadores, a saber, a postura avaliadora, onde aquele assume uma atitude mais interventiva e a postura facilitadora, onde o mediador é menos ativo nas pressões. De qualquer forma, não é papel do mediador emitir opinião sobre a solução do caso concreto.

<sup>120</sup> P. Moraes (2016, p. 265) fala que a mediação é considerada “transformadora”, no sentido de que ela altera as “relações entre os litigantes pelo controle da comunicação entre eles, pela mudança das suas percepções relativamente às suas histórias e pelo equilíbrio de forças. A grande transformação estaria no empoderamento acima comentado e na educação sobre as técnicas de negociação, para que as partes aprendam a resolver os futuros conflitos, valendo-se do reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos, com vistas à aproximação e à humanização pela empatia”.

Além da normatização do tema pelo Código de Processo Civil, foi publicada em 2015 a Lei nº 13.140, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Essa lei define a mediação como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. A norma prevê ainda a existência de mediadores judiciais e extrajudiciais, bem como procedimentos diferenciados para cada um desses casos.

Nesse ínterim, Pinho (2017, p. 251) entende que, embora sejam inquestionáveis os benefícios da mediação em qualquer etapa ou procedimento, o ideal seria “pensar em desenhos de sistemas de solução de conflitos que, antes de acionar a máquina judiciária, evitem o processo ou, pelo menos o tornem mais ágeis”. Não há dúvidas, dessa forma, que a maior vantagem gerada é aquela produzida em uma mediação pré-processual.

Assim como a conciliação<sup>121</sup>, a mediação tratada no Código de Processo Civil de 2015 não é coercitiva, ou seja, ela não é obrigatória pelo ordenamento jurídico nacional. Ela depende da manifestação de interesse de ambas as partes, conforme determina o art. 334, do Código de Processo Civil.

Outra característica da mediação é a confidencialidade. Prevista no art. 2º da Lei nº 13.140/2015 como um princípio da mediação e regulamentada no seu art. 30, só pode ser excepcionada se as partes expressamente consentirem ou quando a divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo resultante da mediação (BRASIL, 2017b). Essa característica é essencial para promover a credibilidade das partes no procedimento da mediação, uma vez que a confiança no espaço seguro para manifestação de suas opiniões e sentimentos é fundamental para obtenção da solução (MORAES, P., 2016, p. 266).

A mediação tem se mostrado importante método de resolução de conflitos, e sua incidência vem aumentando ao longo dos anos. A própria Lei da Mediação prevê em seu art. 42 a possibilidade de mediação de conflitos do trabalho, o que atualmente é regulamentado pela Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Outra importante inovação da Lei nº 13.140/2015 é a previsão da possibilidade de mediação de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, admitindo-se a composição do dissídio e até mesmo a promoção de termos de ajustamento de conduta.

---

<sup>121</sup> Ver nota 117.

Para a tutela de direitos transindividuais, ao contrário das outras duas técnicas já vistas, concluiu Merçon-Vargas (2012, p. 122-131) que embora seja cabível a resolução de conflitos envolvendo esses direitos por meio da mediação, esse método não se mostra adequado para tanto<sup>122</sup>. Isso porque, em apertada síntese da fundamentação da acadêmica, faltam aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* subjetividade – visto que, via de regra, tais conflitos envolvem pessoas jurídicas – e impacto emocional suficientes para justificar a opção pelo uso da mediação. Além disso, as lesões ou ameaças a esses direitos tipicamente coletivos costuma ser episódica, pelo que não há que se falar em reestabelecimento da relação entre as partes. Já nos casos que envolvam direitos individuais homogêneos, apesar de ser mantido o “caráter pouco subjetivo da demanda” o que também obsta a adequação da mediação para solucionar o conflito, há que se registrar que, em situações excepcionais pode haver conveniência para a realização de sessões de mediação com indivíduos – leia-se, não com o legitimado – havendo inclusive, experiência prática nesse sentido<sup>123</sup>.

Em sentido similar, Zaneti Junior e Didier Júnior (2016, p. 37-38) entendem que a “mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos”. Embora tenha se iniciado com a lógica da tutela de direitos individuais, deve-se, indagar se é possível “negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva?”. A resposta, para os autores, é clara: “no processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida”.

Além da investigação teórica, a experiência prática permite concluir que houveram diversos benefícios com a adoção de procedimentos diferenciados a depender da natureza e características particulares dos diferentes conflitos. Assim, as lides envolvendo

---

<sup>122</sup> Em sentido contrário Pinho (2017, p. 235) defende a ideia de possibilidade do uso de quaisquer mecanismos autocompositivos para pacificação de conflitos repetitivos, havendo prevalência do “princípio da busca pelo consenso (...) sobre o da observância dos precedentes”, dando força para a negociação de direitos. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União, estruturada pelo Decreto nº 7.392, agora também regulamentada pelo Capítulo II da Lei de Mediação, o qual trata da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, tem importante atuação na área transindividual. Destaca-se a atuação nos conflitos envolvendo os planos econômicos, culminando no acordo coletivo firmado na arguição de descumprimento de preceito fundamental 165 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 165. Homologação de acordo. 15/02/2018).

<sup>123</sup> A autora cita o caso da experiência brasileira com a criação da Câmara de Indenização 3054 com o objetivo de indenizar os beneficiários das vítimas do acidente aéreo da TAM de 2007. Tratou-se de uma método híbrido de resolução de conflitos decorrentes do sistema DSD (Desenhos de Sistemas de Disputas), onde há adaptação da técnica para a resolução do conflito, customizada para o episódio específico. Nesse caso, foi designada uma fase de mediação, cujo objetivo era estabelecer o diálogo entre as partes e encorajar a troca de informações entre elas, para “ajuda-las a entender as visões das outras, auxiliá-las a avaliarem, de forma realista, suas alternativas em termos de acordo”. Devido ao grande impacto emocional da tragédia, o uso da mediação era justificado e foi fundamental na “promoção de nível produtivo de expressão emocional das partes” (MERÇON-VARGAS, 2012, p. 53-131).

direito de família beneficiaram-se do uso da mediação, enquanto os conflitos trabalhistas tiveram êxito no uso da conciliação. A regulamentação dessas pelo poder público mostra, ademais, o interesse e o compromisso com o adequado uso dos recursos e com a consequente adoção de novo paradigma do sistema de justiça. Assim, essas observações justificam a investigação da possibilidade de uso da arbitragem para tutela de direitos coletivos, modalidade ainda não vivenciada no país.

Ademais, essas considerações acerca dos métodos autocompositivos torna possível verificar que é admissível a resolução de conflitos de natureza transindividual utilizando-se dos métodos alternativos à jurisdição estatal. Não apenas é cabível, como pode se mostrar vantajosa se comparada ao tradicional método jurisdicional. Necessário, agora, expandir a análise acerca das características do método da arbitragem, a fim de que seja possível realizar o juízo de cabimento de resolução de direitos transindividuais através desse método.

### 3.4 MÉTODO ARBITRAL DE GESTÃO DE CONFLITOS

Diferentemente da negociação, mediação e conciliação, a arbitragem não é um meio de autocomposição de resolução de conflitos. Enquanto método alternativo de resolução de conflitos heterocompositivo mais importante dentre aqueles usualmente mencionados, o processo arbitral tem se tornado cada vez mais relevante para o sistema de justiça no País. Tendo em vista ser a arbitragem este o objeto principal do trabalho, necessário fazer a análise das suas especificidades detalhadamente, esboçando suas principais características, para que ao fim seja possível aprofundar a análise dos critérios autorizadores de instauração da arbitragem.

#### 3.4.1 Brevíssima retrospectiva histórica sobre a arbitragem no Brasil

A arbitragem é um instituto milenar e sua prática já foi encontrada em diversas partes do mundo<sup>124</sup>. Há registros de sua utilização na antiguidade, como na Babilônia, Grécia

---

<sup>124</sup> Cappelletti (1991, p. 6) sobre o desenvolvimento da arbitragem na história e seus benefícios para a solução dos conflitos de forma pacífica: “também no Ocidente por séculos o direito de criação mercantil, o *jus mercatorium*, tem permitido o desenvolvimento do processo arbitral, extrajudicial, de grande eficácia. Os mercadores sabiam que era no seu interesse em obter uma ‘justiça’ ainda que informalmente, rapidamente, dos seus pares, centralizada no mesmo lugar das feiras ou mercados, com a finalidade ainda de salvaguardar a continuidade de seus relatos (...). Neste relato de permanente e inevitável vizinhança, a solução contenciosa da

e Roma. Na idade média, foi particularmente bastante usada na França, havendo registro inclusive de documentos escritos sobre o tema (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 7-8).

No Brasil, o instituto também não é novo: desde a Constituição de 1824 ele aparece no ordenamento jurídico nacional, seja com a denominação de juízo arbitral ou compromisso. Assim, a Constituição do Império, que em seu art. 160 permitia a eleição de árbitros pelas partes nas causas cíveis, sendo que as suas sentenças seriam irrecorríveis, desde que assim convencionado pelos interessados no resultado da demanda. Posteriormente, surgiram outras legislações sobre o tema, dentre as quais se destaca o Código Comercial Brasileiro de 1850, que previa o juízo arbitral obrigatório para causas entre sócios de sociedades comerciais, sendo que em 1866 a Lei nº 1.350 revogou a arbitragem compulsória, mantendo, contudo a facultativa. Após a promulgação da República, foram os estados autorizados a regulamentar a legislação processual, tendo alguns Estados, como o de Minas Gerais, São Paulo e Bahia por exemplo, regulado dispositivos sobre arbitragem em seus Códigos de Processo Civil (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 8-10).

No âmbito normativo, a regulamentação da arbitragem teve uma importante alteração após a promulgação da Constituição Federal de 1934, a qual concentrou a competência privativa para legislar sobre processo à União. Em razão disso, em 1939 foi promulgado o primeiro Código de Processo Civil com vigência nacional no Brasil. Dentre os seus dispositivos, o Código permitiu a resolução de conflitos via arbitragem, dedicando uma parte inteira à regulamentação da arbitragem: o Livro IX – Do Juízo Arbitral – tratava do assunto nos artigos 1.031 a 1.046.

Note-se que antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil em 01 de fevereiro de 1940 foi promulgada uma nova Constituição em 1937. Além de ter mantido a competência privativa da União para legislar sobre matéria de direito processual, essa nova Carta Magna demonstrou preocupação com o tema do processo extrajudicial, da resolução dos litígios extrajudicialmente bem como com as decisões arbitrais, conforme se extrai da redação do seu art. 18, alínea “d”, o qual atribuía competência dos Estados para legislar – no caso de inexistência de lei federal ou para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais – sobre “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”.

Embora as constituições de 1946, 1967 e 1969 não terem feito menção a arbitragem, isso não representou óbice para que o Código de Processo Civil de 1973

---

controvérsia poderia levar a exasperação dos contrastes e das paixões; uma "justiça conciliativa" ou coexistencial pode ser mais eficaz”.

regulamentasse a matéria de arbitragem no Brasil. Esse código, assim como o Código de 1939, possuía um capítulo denominado “Do Juízo Arbitral” (arts. 1.072-1.102) – décimo quarto capítulo dentro do Título I – Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa, inserido no Livro IV – Dos Procedimentos Especiais, – o qual foi revogado posteriormente, em decorrência da promulgação de lei especial para regulamentar a matéria.

Já na década de 90 a regulamentação do procedimento arbitral por meio da Lei nº 9.307/1996, a qual ficou conhecida como Lei da Arbitragem. Essa regulamentação ocorreu já no período de vigência da Constituição Federal de 1988 que, diferentemente das últimas cartas constitucionais, previu a arbitragem em seu texto legal, possibilitando o uso do método nos casos de dissídios coletivos do trabalho (art. 114, § 2º, da Constituição Federal).

A regulamentação da Lei de Arbitragem foi muito importante para a consolidação do instituto no Brasil. Isso porque as normativas de ambos os Códigos de Processo Civil conferiam pouca segurança e efetividade ao procedimento arbitral, especialmente no que tange a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral (art. 1.041, CPC/39 e art. 1.097, CPC/73).

Nas palavras de Bacellar (2012, p. 122) “a Lei de Arbitragem representou avanço sem precedentes e de uma só vez retirou os óbices, até então existentes, que inviabilizavam no Brasil a proliferação da arbitragem”. Dessa forma “hoje, por meio da cláusula arbitral, é possível com segurança abdicar da jurisdição em prol da solução convencional privada”.

A redação da Lei de Arbitragem se manteve inalterada por quase 20 anos, quando em 2015, a Lei nº 13.105 (novo Código de Processo Civil brasileiro) e a Lei nº 13.129 alteraram alguns dispositivos da Lei nº 9.307/1996, sendo que o escopo desta última era justamente ampliar o âmbito de aplicação do método de resolução de conflitos<sup>125</sup>.

Assim, a arbitragem se consolidou na atualidade como um legítimo método de resolução de conflitos. Contudo, para que fosse assim considerada, foi necessário vencer argumentos de parte dos operadores do direito que questionavam, logo após a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996, a constitucionalidade do instituto.

Muitos foram os argumentos utilizados pelos críticos da Lei de Arbitragem, podendo-se dizer que todos giravam em torno da tese de que a normativa feria diretamente o texto constitucional, especificamente o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que diz “a lei

---

<sup>125</sup> “Quase 20 anos depois, a Lei 13.129/2015 deu nova roupagem ao instituto da arbitragem no Direito brasileiro, dispondo sobre critérios objetivos para a escolha de árbitros, interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, concessão de medidas cautelares e de urgência pelo Judiciário precedentes à arbitragem, carta e sentença arbitral, com especial ênfase às hipóteses de nulidade” (VERBICARO, 2017, p. 3).

não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 13-15).

Nada obstante, em 12 de dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal, por votação em plenário, nos autos da Sentença Estrangeira nº 5.206-7-Espanha<sup>126</sup> decidiu por maioria de votos pela declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, manifestando expressamente a não ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Algumas considerações feitas pelo órgão constitucional merecem destaque.

O Tribunal considerou que com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/1996 o direito brasileiro sofreu “radical inversão de rumos”, visto ser a nova normativa radicalmente diferente da antiga disciplina do juízo arbitral do Código de Processo Civil de 1973. Dentre as mudanças mais sensíveis, destacou a equiparação dos efeitos da sentença arbitral à sentença judiciária. Ademais, destacou que a tal equiparação não “se possa opor a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário”. No mais, verificou não haver óbices constitucionais na nova lei, inclusive quanto a desnecessidade de homologação da sentença arbitral e da irrecorribilidade da decisão. Para os ministros, a leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição é clara no sentido de indicar que a Lei Maior não permite é que o acesso ao judiciário seja vedada por lei, forçando as partes a se submeter sua lide a um método alternativo (BRASIL, 2001, p. 1-58).

Ainda, foi destacada a necessidade de adoção de tentativas de valorização do que chamou de “sistema extralegal de composição de conflitos”. Salientou-se que pouco antes da entrada em vigor da Lei de Arbitragem o próprio posicionamento da doutrina – técnico e politicamente – era majoritariamente contrário a validade das medidas extrajudiciais, o que refletia um posicionamento conservador decorrente da concepção de um Estado intervencionista sem respeito às liberdades individuais, especialmente na manifestação de vontade da sociedade de compor seus litígios fora do espaço estatal. Concluiu-se, portanto, pela a necessidade de expandir o uso e eficácia das medidas extrajudiciais (BRASIL, 2001, p. 59-114).

A constitucionalidade do instituto não foi, entretanto, o tema mais debatido pelos ministros. A questão debatida intensamente pelos juristas tratou da manutenção da cláusula compromissória no espectro de adequação constitucional da Lei de Arbitragem. O relator

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 do Reino da Espanha. Tribunal Pleno. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 12/12/2001. Publicada 19/12/2001. 2001. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp? numero=5206&classe=SE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5206&classe=SE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M) > Acesso em: 09/11/2017.

entendeu que a cláusula compromissória, por ser genérica e tratar de litígio futuro e eventual, e a renúncia ao judiciário nessas condições violaria a garantia constitucional do acesso à jurisdição. Em outras palavras, a renúncia à jurisdição estatal só seria possível depois de manifestada a lide. Contudo, esse entendimento restou derrotado, vencendo, ao final, a tese de que a disponibilidade dos direitos manifestados na cláusula compromissória permite a renúncia ao processo judicial a qualquer momento, não configurando-se renúncia abstrata de jurisdição a pactuação de contrato contendo cláusula compromissória universal, posicionamento este liderado pelos argumentos do Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 2001, p. 1-160).

Ainda que assim não o fosse, e tivesse o Supremo Tribunal Federal adotado posicionamento divergente à época, o atual panorama do ordenamento jurídico nacional, conforme visto supra, não admitiria outra decisão senão o julgamento de constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Isso porque o atual sistema impõe uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como possui no aprimoramento do modelo multiportas um importante representante do movimento de acesso à justiça. A norma constitucional em questão deve ser lida, portanto, como a não tolerância de impedimento do cidadão ao Poder Judiciário quando essa se mostra a única oportunidade ou a escolha eleita pelo mesmo. Mas também não pode haver a proibição do cidadão de utilizar de outros métodos para dirimir seus conflitos, como, por exemplo, por meio da arbitragem, visto que seria uma leitura equivocada e que se traduziria na imposição da via judicial como única solução possível.

Ademais, o Poder Judiciário não fica excluído totalmente da possibilidade de participação e controle no rito da arbitragem, uma vez que o próprio art. 33 da Lei nº 9.307/1996 permite à parte interessada requerer em juízo a declaração de nulidade da sentença arbitral nos casos previstos em Lei. Além disso, a execução forçada da sentença arbitral se dá exclusivamente por meio do Estado-juiz – uma vez que é considerada título executivo judicial por força do art. 515, VII, Código de Processo Civil. Ainda é possível verificar a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário no procedimento arbitral para a concessão de tutelas provisórias, conforme art. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem – com redação dada pelo Código de Processo Civil de 2015. Além disso, será também de competência da jurisdição estatal decidir sobre a instituição do procedimento arbitral quando houver resistência de uma das partes (art. 7º, Lei 9.307/1996) e homologar sentença arbitral estrangeira (art. 35, Lei 9.307/1996).

Muitos são os argumentos que reforçam a constitucionalidade da utilização e idoneidade do procedimento arbitral. Assim, além de não ofender o art. 5º, XXXV, da

Constituição Federal, a arbitragem é expressamente prevista na norma constitucional como meio adequado de solução de conflitos, e respeita as demais garantias processuais constitucionais, como a celeridade e o contraditório. Outrossim, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais reconhecendo o uso da arbitragem, como a Convenção de Nova York sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 10 de junho de 1958, a Convenção Interamericana do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 30 de janeiro de 1975, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional de Buenos Aires de 23 de julho de 1998, e o Protocolo de Olivos de 18 de fevereiro de 2002, o qual prevê a criação de um Tribunal Arbitral Permanente de revisão no âmbito do MERCOSUL. Portanto, ao que parece, a constitucionalidade da arbitragem já está pacificada no Brasil (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 17-18).

Contribuiu sobremaneira para a possibilidade de desenvolvimento da arbitragem no Brasil após a declaração de constitucionalidade o fato de que, um ano após o citado julgamento pelo STF, foi inserido no ordenamento jurídico nacional a Convenção de Nova York, que tratou do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras por meio do Decreto nº 4.311/2002, editado após a aprovação do texto da Convenção pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 52/2002<sup>127</sup>.

Atualmente, a Lei de Arbitragem continua sendo a referência normativa para tratar do tema no ordenamento jurídico nacional. No entanto, merece destaque o fato de que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 3º, diz que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, praticamente repetindo o dispositivo constitucional do art. 5º, XXXV. Já no § 1º lê-se “é permitida a arbitragem, na forma da lei”, pelo que é possível concluir que o próprio Código de Processo Civil nacional tem como objetivo afastar o monopolismo da jurisdição estatal, confiando nos métodos alternativos de resolução de conflito para a solução justa e eficiente das diferentes disputas sociais.

---

<sup>127</sup> A utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, com especial aplicação à arbitragem, é sensivelmente visualizado em diversas regulamentações internacionais. No México, por exemplo, o a “*Ley de Comercio Exterior*” prevê a possibilidade de qualquer parte interessada “*optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte*” (CAMPOS, et al, 2018, p. 338).

### 3.4.2 Noções gerais

Feita essa introdução histórica acerca da normatização da arbitragem, cabível nesse momento a análise do conceito e natureza jurídica desse método de resolução de conflitos.

O instituto da arbitragem pode ser definido como

meio alternativo de solução de controvérsias através de intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção de privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009, p.31)

Como se depreende desse conceito, a arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos, diferenciando-se de outros métodos alternativos como a mediação e a conciliação pelo seu caráter impositivo<sup>128</sup>. Os métodos autocompositivos por sua vez, não pressupõe a imposição da decisão pelo mediador ou conciliador, sendo que ambos possuem apenas o poder de sugestão, ou seja, não vinculam as partes (CARMONA, 2009, p. 31-32).

Possível dizer que a arbitragem é vista como um meio propício para a concretização do direito agredido, podendo se dar pelo acordo amigável entre as partes, ou pelo esforço conjunto de ambas – respeitando as mesmas garantias processuais que um processo judicial, especialmente o princípio do devido processo legal e da efetividade – para lograrem de rápido provimento à sua demanda (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 4-5).

A arbitragem é instituída pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral (art. 3º, da Lei de Arbitragem). Enquanto técnica, permite que as partes estabeleçam um procedimento específico para os seus interesses, podendo inclusive escolher o árbitro ou tribunal arbitral, havendo como critério limitador o respeito aos princípios constitucionais. Ambos os instrumentos de instituição arbitral são convenções arbitrais e são considerados negócios jurídicos. Enquanto a cláusula compromissória é uma deliberação prévia e abstrata, no qual as partes acordam, anteriormente à ocorrência do litígio, que determinada demanda será solucionada por juízo arbitral, o compromisso arbitral é instrumento é o acordo posterior, que independe da existência de cláusula compromissória e pode até mesmo ser realizado no curso de processo judicial (DONIZETTI, 2011, p. 34).

---

<sup>128</sup> Reuben (2006, p. 1274) diz que “trial and arbitration, often perceived as public and private adjudication respectively, are similar in that both are processes in which a third-party adjudicator decides how a dispute will be resolved”.

Quanto à sua natureza jurídica, várias são as correntes na doutrina nacional<sup>129</sup>. De forma sucinta, tem-se a corrente contratual pela qual a arbitragem possui caráter de contrato privado, visto que falta o poder de império nas decisões, como ocorre nas sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, além do fato de que os árbitros decidem por vontade e liberalidade das partes e não em nome da administração da justiça<sup>130</sup>. Por sua vez, para a teoria jurisdicional, a sentença arbitral possui as mesmas características de uma sentença proferida por um juiz exercendo a função jurisdicional do Estado, e que, dado o caráter público da administração da justiça, não haveria diferença entre os dois provimentos. Há também a teoria mista, segundo a qual a arbitragem mistura elementos de natureza contratual e jurisdicional<sup>131</sup> (MOLINARO; MILHORANZA, 2012, p. 107). Gaio Júnior (2012, p. 19-20) assevera que, além das três correntes citadas, é possível conceber a existência de uma quarta corrente pela qual se compreende a arbitragem como um “equivalente jurisdicional”. Nesse sentido, a arbitragem não poderia ser considerada jurisdicional por ser esta característica exclusiva do Estado. No entanto, não seria possível negar que o uso dessa via alternativa equivale à atividade estatal propriamente dita, apresentando todas as funções da mesma.

Apesar de ser a questão da natureza jurídica controvertida na doutrina, a corrente mais aceita é aquela que defende a natureza jurisdicional da arbitragem<sup>132</sup>. Os argumentos usados para defender essa posição partem da análise dos atributos externos da arbitragem, ou seja, da análise da função do instituto e dos seus resultados de solução de conflitos – em contrapartida a análise restrita dos atributos internos (autonomia da vontade e possibilidade de escolha do árbitro, por exemplo). Assim, a transformação do conceito de jurisdição, hodiernamente flexibilizado, permite o exercício dessa atividade por diferentes órgãos, como os tribunais internacionais a que o Brasil se submete, os órgãos da justiça desportiva e também no exercício da arbitragem. Portanto, a natureza jurisdicional da arbitragem também

---

<sup>129</sup> Carmona (2009, p. 27) diz que a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem adquiriu nos últimos anos um destaque eminentemente acadêmico, não havendo impactos significativos na prática do instituto, pelo que ele julga “que não parece útil continuar a alimentar a celeuma”. No entanto, destaca que “embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.

<sup>130</sup> Bacellar (2012, p. 127) defende essa teoria para quem a arbitragem “considera atividade negocial privada dissociada da prestação jurisdicional, que é atividade típica e exclusiva do Poder Judiciário”.

<sup>131</sup> Para Gaio Júnior (2012, p. 19) a teoria da natureza mista da arbitragem entende que em um primeiro momento é possível enxergar a sua faceta contratual, decorrente da manifestação de vontade e do exercício da autonomia da vontade das partes pela escolha em firmar o pacto convencional, e posteriormente a faceta jurisdicional, em decorrência da prolação de sentença arbitral – de conteúdo jurisdicional e público – e substituição da vontade das partes.

<sup>132</sup> É o que se extrai de Bacellar (2012, p. 125), Nery (2016, p. 58). Gaio Júnior (2012, p. 23). Esse posicionamento também já foi adotado pelos Tribunais, como se observa do julgamento do Conflito de Competência 111.230/DF de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 111.230/DF. Segunda seção. Brasília/DF. Julgado 08/05/2013.

se justifica pelo fato de responder adequadamente à função para qual a própria jurisdição foi criada, ou seja, para a solução de conflitos e pacificação social. De tal modo, tanto os juízes togados quanto os árbitros exercem o poder para impor sua decisão – sendo que ambas fazem coisa julgada –, decidindo a controvérsia após a análise de provas e as questões de fato e direito trazidas pelas partes, tudo a fim de pacificar o conflito entre elas (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 20-24).

Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 74-75) também se posiciona em favor da classificação da natureza jurídica da arbitragem enquanto atividade jurisdicional, por entender que “la sustanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un ‘equivalente’ sino un auténtico proceso jurisdicional, com la peculiaridad orgánica de que em él intervienen jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal oportuna”.

Além disso, o fato de haver previsão expressa no Código de Processo Civil acerca da força de título executivo da sentença arbitral (art. 515, VIII, CPC), e na Lei de Arbitragem de equivalência dos efeitos da sentença arbitral e da sentença proferida pelo Judiciário (art. 31, Lei nº 9.307/1996), da desnecessidade de homologação da decisão do árbitro pelo Judiciário (art. 18, Lei nº 9.307/1996), da equiparação da função do árbitro e do juiz togado (art. 18, Lei nº 9.307/1996), bem como ter a sentença arbitral autoridade de coisa julgada, corroboram para a defesa da tese jurisdicionalidade da arbitragem (NERY, 2016, p. 58-60).

Seja como for, é preciso ter em mente que a arbitragem, “por muitos já considerada a inovadora solução do problema da justiça”, por ter sido regulamentada enquanto método heterocompositivo com sentença que gera título executivo, possui o mesmo escopo da jurisdição estatal, o qual, conforme trabalhado extensivamente aqui, é o da pacificação social. Seu diferencial, contudo, é a maior aproximação com a terceira onda do acesso à justiça, por proporcionar um método mais democrático e participativo, tornando mais próximo o ideal de justiça coexistencial<sup>133</sup> em detrimento da justiça contenciosa (MASSALI, 2015, p. 86-87).

Em sentido similar Reuben (2006, p. 1259), ao falar da arbitragem, afirma que “its adjudicatory nature makes it similar to public trial, but it is less formal in a number of

---

<sup>133</sup> Destaca-se que o termo, embora possa levar à interpretação de que se refere a métodos autocompositivos, engloba também a arbitragem. Nesse sentido, Cappelletti (1994, p. 5) já mencionou também que existem “situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso”, como se mostrou a arbitragem comercial e sua “história gloriosa”, desde a utilização pelos mercadores das cidades italianas até os dias atuais.

important respects”<sup>134</sup>, pelo que se tem consolidada a técnica arbitral e sua exigibilidade em âmbito internacional, sendo celebrada como técnica menos formal do que os procedimentos estatais.

Não obstante a natureza jurídica equivalente da arbitragem e da jurisdição estatal, é facilmente perceptível a opção da prática brasileira pela utilização desta em detrimento daquela. Alguns fatos podem ser citados para o pouco desenvolvimento prático da arbitragem na realidade brasileira. Inicialmente, tem-se a falta de tradição dos usos alternativos de resolução de conflitos. Assim, a cultura demandista e litigante no Brasil fez com que pouco se desenvolvesse na prática da arbitragem. Em outras palavras, se esse é o objetivo das políticas públicas é desafogar o Judiciário, é preciso incentivar o uso de meios extrajudiciais e alternativos de solução de controvérsias – não apenas a arbitragem, mas também a mediação e conciliação –, pois estes nunca fizeram parte da cultura nacional (CARMONA, 2009, p. 1-3).

Além disso, originalmente, pouco se oferecia em questão de segurança jurídica ao procedimento. Como exemplo desse fato, pode-se citar a não outorga de obrigatoriedade ao cumprimento da cláusula contratual da arbitragem e necessidade de homologação da sentença pelo Judiciário (CARMONA, 2009, p. 4-5). No entanto o atual cenário normativo e jurisprudencial atribuíram importante caráter ao método arbitral no cenário dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Assim, Andrighi (2006, p. 2) escreveu que, após 10 anos da publicação da Lei nº 9.307/1996 “observa-se que a utilização da arbitragem é crescente, por ter se revelado um meio rápido e eficaz de solucionar conflitos”, tendo aumentado em 45% em menos de 6 anos.

Isso porque tais métodos alternativos tem mostrado eficazes, e por vezes até mais eficientes<sup>135</sup> do que a tradicional jurisdição estatal. Assim, dentre as vantagens a utilização do método da arbitragem pode-se citar a rapidez de resposta do julgador, especialmente se comparada ao moroso processo judicial. Além disso, a arbitragem usualmente gera mais satisfação às partes envolvidas no conflito, visto que a participação de ambas é essencial desde a instauração do procedimento. Ainda, a arbitragem pode contar com julgador com maior conhecimento técnico sobre a lide, visto que qualquer pessoa capaz pode ser árbitro e não há necessidade de ter conhecimento técnico sobre o direito, como acontece com os juízes de Direito, por exemplo (MOLINARO; MILHORANZA, 2012, p. 109).

---

<sup>134</sup> Tradução do autor: Sua natureza adjudicatória o torna similar ao julgamento público, mas é mais informal em inúmeros aspectos importantes.

<sup>135</sup> É o caso, por exemplo, da mediação usada para pacificação de demandas envolvendo direito de família, da arbitragem para tutela de direitos empresariais, entre outros (CAPPELLETTI, 1994, p. 5-6).

Além da celeridade e contentamento das partes, o sigilo, a possibilidade de escolher o julgador, a inexistência de duplo grau de jurisdição, liberdade em estabelecer o procedimento e as regras de julgamento são usualmente citadas dentre os benefícios da opção da via arbitral para solução de conflitos (BACELLAR, 2012, p. 126).

No entanto, é possível dizer que a prática empírica vê desafios quanto à possibilidade de utilização do método da arbitragem para a tutela de direitos transindividuais. Na seara trabalhista, esta questão já é mais desenvolvida. Carmona (2009, p. 41-42) diz que em decorrência da previsão constitucional contida no art. 114, § 1º, da Constituição Federal, sendo garantido pelo constituinte originário a possibilidade de solução arbitral do conflito laboral coletivo, foi possível o desenvolvimento da técnica coletiva sem maiores polêmicas. Para o autor, seria possível dizer ainda que o legislador constituinte não apenas permitiu a arbitragem, como intentou recomendar a sua utilização, visto que nestes casos a disponibilidade do direito é extensa e patente, sendo o conflito muitas vezes de caráter exclusivamente econômico. Ademais, a arbitragem no direito do trabalho é incentivada por diversas leis específicas, como é o caso da Lei de Greve (arts. 3º e 7º, da Lei nº 7.783/1999), a discussão acerca da participação nos lucros ou resultados (art. 4º, da Lei nº 10.101/2000), lides decorrentes da relação de trabalho nos portos (art. 37, § 1º e art. 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013<sup>136</sup>). Não apenas isso, mas a solução de conflitos por vias alternativas à jurisdição estatal são estimuladas na Justiça do Trabalho por diversas formas, como é o caso das Comissões de Conciliação Prévias (art. 625-A – 625-H, CLT) e das mediações realizadas pelo Ministério Público do Trabalho<sup>137</sup>. Nesse sentido, no julgamento de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista Nº TST-AIRR-1475/2000-193-05-00.7, publicada em 17 de outubro de 2008<sup>138</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho fez a análise da constitucionalidade da Lei da Arbitragem na seara trabalhista, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a Lei nº 9.307/96 não fere o acesso à justiça, sendo completamente admissível, portanto, a sua utilização para resolução de conflitos coletivos na Justiça do Trabalho.

---

<sup>136</sup> A Lei nº 12.815/2013 dispõe sobre a exploração pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Esta normativa revogou completamente a Lei nº 8.630/1993, a qual regulamentava o regime jurídico de exploração dos portos. Importante observar que na lei da década de 1990 já havia previsão de utilização da arbitragem para solução de litígios decorrentes da gestão da mão de obra portuária, sendo que esta possibilidade foi mantida e expandida na nova normativa em 2013.

<sup>137</sup> Essas hipóteses foram reconhecidas pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento Processo nº TST-RR-55300-36.2004.5.05.0003. Ver: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 55300-36.2004.5.05.0003. Brasília/DF. Julgado em 27/09/2006.

<sup>138</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1475/2000-193-05-00.7. Brasília/DF. Julgado em 15/10/2008.

Já no caso do direito individual do trabalho, existe uma parcela conservadora da doutrina que se opõe à utilização da arbitragem. Carmona (2009, p. 41-44) aponta que caso tais direitos fossem totalmente irrenunciáveis, não haveria possibilidade de conciliação, o que contraria diretamente a constante e acertada decisão de incentivo à conciliação no âmbito trabalhista. Sendo assim, seria totalmente possível a solução de conflitos trabalhistas envolvendo direitos individuais por meio da arbitragem<sup>139-140</sup>. Em igual sentido se posiciona Silva (2018, p. 3), para quem “para fins de arbitrabilidade, o que é preciso verificar, de fato, é a possibilidade de ajustes entabulados entre as próprias partes, empregador e empregado, para colocarem termo aos conflitos trabalhistas”. Dessa forma, não se vislumbram impedimentos a submissão de conflitos trabalhistas à arbitragem segundo os critérios de arbitrabilidade objetiva, uma vez que existem exemplos de disposição desses direitos, bastando “observar o grande número de acordos celebrados nas audiências trabalhistas, todos os dias, algo que é inclusive incentivado pela Justiça do Trabalho”.

No entanto, não apenas a doutrina especializada, mas também os tribunais da Justiça do Trabalho se mostram receosos com essa visão. Assim, é possível recolher na jurisprudência trabalhista decisões que impedem a arbitragem de direitos individuais do trabalho, como é o caso do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista no Processo nº TST-RR-85300-20.2007.5.02.0028, de 22 de maio de 2013<sup>141</sup>, em que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a inaplicabilidade da arbitragem ao direito individual do trabalho, alegando que a indisponibilidade do direito bem como a relação de desigualdade das partes nas relações laborais impõem a necessidade de apreciação da matéria pela Justiça do Trabalho, devendo esta resguardar o princípio da proteção. Contudo, já existem precedentes em tribunais reconhecendo tal possibilidade. É o caso do Recurso de Revista nº 179900-66.2004.5.05.0024 de 03 de junho de 2009<sup>142</sup>, o qual reconheceu a possibilidade de aplicação da Lei da Arbitragem para dissídios individuais na Justiça do Trabalho<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> O autor aponta ainda que grande parte da restrição dos doutrinadores juslaboristas em estimular e defender o uso da arbitragem para solução de conflitos decorrentes do direito individual do trabalho decorre de fatores políticos, e aponta que existe, na experiência estrangeira, como no caso dos Estados Unidos da América, casos que demonstram a vantagem da utilização do método arbitral na seara trabalhista (CARMONA, 2009, p. 43).

<sup>140</sup> É também o que defende Silva (2018, p. 2) para quem “a tendência na arbitragem laboral costuma ser focalizar excessivamente num problema sobre arbitrabilidade objetiva – que, na verdade, é um falso problema”, sendo a questão da liberdade o ponto chave para permissão do uso da técnica arbitral nos casos envolvendo direitos trabalhistas.

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 85300-20.2007.5.02.0028. Brasília/DF. Jugado em 22/05/2013.

<sup>142</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 179900-66.2004.5.05.0024. Brasília/DF. Jugado em 03/06/2009.

<sup>143</sup> Sobre o assunto ressalta-se que a Lei nº 13.467/2017 alterou a redação da Consolidação das Leis do Trabalho incluindo o art. 507-A, o qual prevê expressamente a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória de

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise mais profunda acerca do método da arbitragem enquanto meio idôneo para tutelar direitos transindividuais. Para tanto, necessário ainda analisar os princípios que regem a arbitragem e a questão da arbitrabilidade do direito em conflito.

### 3.4.3 Princípios norteadores

A arbitragem, enquanto método heterocompositivo de resolução de conflito, de natureza jurisdicional, que dialoga com os ideais do movimento universal de acesso à justiça, permite que a doutrina foque seus esforços na busca pela pacificação social e não mais nas discussões meramente processuais e metodológicas. Isso não quer dizer que a aplicação da arbitragem é totalmente discricionária. É preciso lembrar que existem princípios que norteiam o estudo do instituto. Significa que a opção pela arbitragem em detrimento do processo judicial não afasta a obrigatoriedade de aplicação das normas processuais voltadas à resolução da lide. Nesses casos, as partes optam somente por “servir-se das regras processuais próprias do sistema arbitral, que também não podem afastar por sua vontade”, ou seja, pelas regras de ordem pública do processo arbitral em detrimento do processo judicial (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 48)

Nesse sentido, a própria Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 2º, prevê quatro princípios que deverão ser respeitados no procedimento arbitral: o do contraditório, o da igualdade das partes, o da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento. Gaió Júnior (2012, p. 26) destaca que a partir dessa previsão legal é possível dizer que o legislador preocupou-se em garantir a validade jurídica da arbitragem, uma vez que todos os princípios previstos no referido artigo são de índole constitucional.

O princípio do contraditório permite que as partes, durante o procedimento arbitral, produzam provas e aduzam suas razões, as quais deverão ser consideradas pelo árbitro no momento de prolatar a decisão. Assim, o procedimento escolhido pelas partes não poderá limitar a manifestação das partes ou restringir o debate de maneira que não seja assegurada às partes a possibilidade de influir do resultado final (CARMONA, 2009, p. 295).

O princípio da igualdade das partes, por sua vez, determina que os sujeitos da arbitragem devem ter iguais oportunidades durante o procedimento arbitral, seja para expor

---

arbitragem em contratos de trabalho individual, fazendo referência direta à Lei de Arbitragem. Essa recém mudança no ordenamento jurídico nacional pode auxiliar o desenvolvimento da matéria arbitral no âmbito trabalhista e na pacificação do conflito acima destacado, referente a possibilidade de aplicação da Lei da Arbitragem para dissídios individuais na Justiça do Trabalho.

suas razões, para produzir provas ou para nomear os árbitros, isto é, não pode haver privilégios de uma parte em relação a outra, uma vez que ambas devem ser tratadas com paridade (LEMES, 2015, p. 6). É importante destacar que, diferentemente do processo estatal, em que o juiz é autorizado por lei a intervir no procedimento para estabelecer a igualdade material das partes – medidas como a inversão do ônus da prova, necessidade de garantia de advogado à parte contrária caso apenas uma delas venha acompanhada de patrono nos Juizados Especiais, ampliação de prazos para partes desiguais, dentre outras – a igualdade prevista na Lei de Arbitragem possui dimensão estática. No entanto, em decorrência da escolha das partes contratantes em estabelecer a arbitragem e do fato de que “no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio”, a necessidade de intervenção para garantia da igualdade material pode “ser confortavelmente descartada” (CARMONA, 2009, p. 296-297).

Ainda, o princípio da imparcialidade do árbitro preocupa-se com a escolha de um julgador que possa garantir a idoneidade do procedimento. Para isso, é imprescindível que o árbitro ou o tribunal arbitral seja equidistante em relação às partes e que não atue caso demonstre comprometimento com o interesse de uma delas (CARMONA, 2009, p. 297-298). Alcalá-Zamora y Castillo (2000, p. 75-76) defende que jurisdição, conciliação, mediação e arbitragem perseguem a solução dos litígios, tendo como seu funcionamento a dependência da atuação de um terceiro. A distinção está na posição do julgador, que no caso da jurisdição e arbitragem, podem impor a solução do litígio. Sobre a importância do árbitro, Clay (2016, p. 8) diz que “il est certes peu probable qu’une vie anormale engendre un rôle normal. Celui-ci consiste à rendre la justice, à trancher les conflits, à mettre fin aux différends. L’arbitre a donc un rôle social incontestable, surtout en matière internationale ou il n’y a pas de réelle alternative à l’arbitrage”<sup>144</sup>.

Por fim, o princípio do livre convencimento permite que o árbitro faça valoração das provas produzidas durante o procedimento, sendo vedado arbítrio na decisão. Assim, exige-se do julgador a fundamentação da sua decisão e a clara explanação das razões que motivaram o seu convencimento, de modo que as partes possam controlar a decisão (CARMONA, 2009, p. 298).

---

<sup>144</sup> Tradução do autor: é certamente improvável que uma vida anormal dê origem a um papel normal. Este consiste em dar justiça, resolver disputas, pôr fim a disputas. O árbitro, portanto, tem um papel social inegável, especialmente em questões internacionais, onde não há alternativa real à arbitragem.

Além desses quatro princípios, pode-se citar outros: autonomia da vontade privada (dá às partes interessadas, desde que maiores e capazes total liberdade para transacionar)<sup>145</sup>, autonomia da cláusula compromissória (art. 8º, da Lei da Arbitragem, o que resguarda a arbitrabilidade do litígio ainda que declarada nulidade do contrato em que está inserida a cláusula), devido processo legal (determina a necessidade de escolha de procedimento arbitral que não ofenda aos princípios constitucionais) e competência-competência (árbitros tem capacidade para decidir sobre sua própria autoridade) (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 26-27). Cabe destacar aqui breve menção quanto ao princípio da publicidade. Isso porque, embora seja comum a menção do sigilo do procedimento arbitral como vantagem da utilização da técnica, é preciso que se destaque que o sigilo não é regra da arbitragem. Ela é simplesmente uma possibilidade decorrente da autonomia da vontade e da disponibilidade dos direitos ali discutidos (sobre esse assunto, mais no próximo tópico).

Os princípios aplicáveis à arbitragem são mais uma forma de garantir segurança ao procedimento arbitral e estimular a utilização desse mecanismo de resolução de conflitos. Assim, Maciel (2006, p. 2-3) ensina que a regulamentação da arbitragem foi pensada com vistas à “implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal” de maneira a tornar o método útil e indispensável à solução de conflitos no Brasil, descongestionando os órgãos jurisdicionais criando “um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado”.

Analisadas as principais características da arbitragem, seu desenvolvimento histórico, o seu papel enquanto possível agente transformador da ordem jurídica por possibilitar alternativa ao monopolismo da justiça estatal, bem como vistos os princípios basilares da arbitragem, necessário agora abordar as hipóteses de cabimento do método.

#### **3.4.4 Arbitrabilidade**

A arbitrabilidade diz respeito à análise dos requisitos que permitem que o conflito seja resolvido por meio do método da arbitragem. No Brasil, esse exame é feito a partir de requisitos objetivos, os quais avaliam o objeto do litígio, e subjetivos, ou seja, referente aos

---

<sup>145</sup> Sobre o assunto, diz Lemes (2015, p. 4) que a “possibilidade de as partes, os árbitros e os regulamentos de câmaras de arbitragem disporem e prorrogarem os prazos para a sentença arbitral (art. 23, caput), pedido de esclarecimentos da sentença arbitral proferida (art. 30, caput) e respectiva decisão (art. 30, parágrafo único), o que se mostra em perfeita sintonia com o princípio da autonomia da vontade e autorregulamentação do procedimento arbitral”.

sujeitos que atuarão como parte na arbitragem (MARIANI, 2015, p. 50). Esse entendimento decorre atualmente da leitura do art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, onde se lê: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, tratando-se de litígios envolvendo direitos de livre disponibilidade e pessoas capazes, não restam dúvidas quando ao cabimento da arbitragem. No entanto, a definição de capacidade e a interpretação restritiva ou expansiva do critério da disponibilidade geram divergências no posicionamento doutrinário acerca da possibilidade de arbitramento (BACELLAR, 2012, p. 138).

Importante destacar que os critérios normativos de arbitrabilidade de litígios no País alteraram-se ao longo do tempo. O Código de Processo Civil de 1939 não mencionava quais lides ou quais sujeitos poderiam participar da arbitragem. Já no Código de Processo Civil de 1973 lia-se: “as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Logo, os critérios objetivos determinavam que poderiam ser objeto de arbitragem litígios envolvendo direitos patrimoniais transacionáveis. A transação, por sua vez, segundo o Código Civil de 1916, vigente à época, era admitida no caso de “direitos patrimoniais de caráter privado”.

A adoção da expressão “direitos disponíveis” foi adotada somente a partir da Lei nº 9.307/1996. A sua extensão, contudo, ainda é objeto de controvérsia. Daí decorre a necessidade do presente trabalho analisar esses requisitos, a fim de verificar as possibilidades e limites de arbitramento de demandas. Posteriormente, será necessário contrastar tais conclusões com as características dos direitos transindividuais para que seja possível determinar se é admissível a instauração de procedimento arbitral para tutela de direitos coletivos.

Portanto, o requisito atual da arbitrabilidade subjetiva decorre da ideia de que só será possível a realização da arbitragem caso os sujeitos que objetivem a participação na mesma forem “capazes de contratar”. Sobre o assunto, diz Carmona (2009, p. 37) que esse requisito exige capacidade jurídica do contratante, ou seja, aptidão para contrair direitos e obrigações. Assim, aquele que tenha capacidade restringida por qualquer hipótese, não poderá contratar, e conseqüentemente, não pode ser parte em uma arbitragem. É o caso do incapaz e do taxicômaco, por exemplo.

Ainda nesse sentido, o autor adverte que entes despersonalizados com finalidade de administração de bens, como o condomínio, espólio, sociedades de fato, podem valer-se da

arbitragem, assim como tem capacidade para estar em juízo. A peculiaridade está no fato de que seus representantes – síndico do condomínio e o inventariante do espólio, por exemplo –, ainda que tenham capacidade para realizar a gerência dos bens, não podem dispor dos mesmos sem autorização. Por essa razão, a cláusula ou compromisso arbitral só teriam validade se acompanhada de autorização, visto ser a disponibilidade de bens requisito para a instauração da arbitragem (CARMONA, 2009, p. 37-38).

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, implica a possibilidade de instauração do procedimento arbitral apenas para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Conclui-se, então, que a mais moderna normativa arbitral elegeu outros dois requisitos para permitir a instauração do procedimento: a disponibilidade e a patrimonialidade.

Talamini (2005, p. 345), tratando dos requisitos de arbitrabilidade, salienta que existem direitos disponíveis não patrimoniais e outros que são indisponíveis e patrimoniais, sendo que ambos, segundo o critério adotado pela Lei nº 9.307/1996, não seriam arbitráveis. “Trata-se de uma opção do legislador infraconstitucional”, pelo que seria totalmente aceitável a opção por outros critérios, inclusive a atualização desses escolhidos à época da criação da Lei de Arbitragem. Por esta razão, a interpretação dos critérios objetivos deve ser feita de maneira abrangente, uma vez que tais termos foram eleitos de forma ampla e flexível.

O uso do requisito da disponibilidade do direito enfrenta críticas na doutrina nacional, existindo posicionamento contrário à manutenção do requisito análise da arbitrabilidade do litígio ou a perda de sua força frente ao critério da patrimonialidade<sup>146-147</sup>.

A partir dessa afirmação, poder-se-ia concluir que os direitos tipicamente coletivos, dada sua característica de indisponibilidade, não poderiam ser arbitráveis. No entanto, se se analisa um pouco mais amplamente os impactos desses conceitos, percebe-se que tal posicionamento não pode ser defendido com tanta facilidade. Isso porque, conforme já abordado no capítulo anterior, os contornos dos limites de alguns conceitos se tornou pouco

---

<sup>146</sup> Nesse sentido, Caramelo (2010, p. 2) assevera que “que a delimitação do campo da arbitrabilidade não se esgota na utilização do critério adoptado pela lei para esse efeito, visto que o resultado da aplicação deste é, muitas vezes, objecto de alargamentos ou restrições, por força de normas legais específicas ou da jurisprudência dos tribunais estaduais, em função da supra-referida ponderação de interesses (...). A escolha deste critério [disponibilidade do direito] para definir as matérias que podem ser submetidas a arbitragem assenta no equívoco da assimilação da convenção de arbitragem aos negócios autocompositivos (renúncia, desistência, confissão e transacção). Ora, não há qualquer similitude entre aquele e estes”.

<sup>147</sup> Ana Luiza Nery (2016, p. 101) entende que “ainda que se debruce sobre o conceito de disponibilidade do direito, este não se apresenta como critério que, sozinho, seria capaz de apontar inequivocamente a arbitrabilidade do litígio”, na medida em que existem direitos indisponíveis que podem ser objeto de transacção e compromisso seguindo os critérios estabelecidos pelo Código Civil.

preciso com o passar dos nos, em particular após a aproximação entre o direito público e o direito privado.

Nesse sentido, Carmona (2009, p. 38) entende que o critério da disponibilidade poderia ser conceituada como a característica do direito que pode ser livremente exercido ou não pelo seu titular pela inexistência de norma que imponha o cumprimento de determinada forma. Esse conceito não se restringe à possibilidade ou impossibilidade de transação, e justamente por isso pode ampliar o rol de direitos cabíveis de ser tutelado via arbitragem. Assim, no caso dos direitos transindividuais, haja vista a constante possibilidade de transação via termo de ajustamento de conduta ou em conciliações processuais, não haveria óbice para a submissão do mesmo litígio ao controle arbitral.

Ademais, ainda que um direito seja tido como “indisponível”, como por exemplo, o direito a alimentos, isso não significa que ele não possa ser “transacionável”. Esse é exemplo é bastante ilustrativo, visto ser comum na prática judiciária brasileira a realização de acordos e transações acerca de alimentos. Assim, ainda que o direito a alimentos propriamente dito seja de fato indisponível, existe possibilidade indiscutível de deliberar quanto aos valores devidos, pelo que decorre a possibilidade de transação de um direito indisponível (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 3-4). Esse exemplo demonstra como um direito pode ser considerado indisponível legalmente, mas ser objeto de transação pelas partes. Portanto, existe campo de exploração acerca das possibilidades de transação e disposição dos bens transindividuais.

Como se não bastasse, a nova Lei de Mediação trouxe como critérios objetivos de submissão à mediação a existência de direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação (art. 3º), ampliando ainda mais a visão acerca da gradação do conceito de disponibilidade. Em outras palavras, do aprofundamento do estudo dos termos “disponível” e “transacionável”, por exemplo, é possível verificar que o pré-julgamento feito acerca da impossibilidade de arbitragem de direitos transindividuais não se mostra mais tão simples.

Carmona (2009, p. 38-39) se utiliza de outros exames para defender o cabimento da arbitragem e a superação da visão tradicional da disponibilidade. Assim, direito de família e direitos decorrentes da esfera penal, por exemplo, à luz da corrente tradicional, não seriam disponíveis por existir limites à autonomia da vontade dos seus titulares, visto não poderem estes aliená-los ou negociá-los livremente. No entanto, adverte que essa característica não impede de forma alguma a realização da arbitragem de toda demanda que envolvam esses direitos. Isso porque as consequências patrimoniais – leia-se, adequando-se ao requisito da patrimonialidade – podem ser objeto de transação e consequentemente de resolução por meio extrajudicial.

Dito isso, é possível verificar que a doutrina mais moderna parece se posicionar no sentido de que os requisitos da disponibilidade e patrimonialidade não devem representar o único obstáculo à utilização da arbitragem para a tutela de direitos coletivos. Isso porque, a partir do sentido amplo dos termos, é possível defender o cabimento da transação de determinadas características dos direitos transindividuais, como o que acontece já na prática forense nacional, através dos termos de ajustamento de conduta, por exemplo. Ademais, conforme demonstrado, o âmbito de utilização desse método alternativo de resolução de conflitos foi alargado com a nova interpretação do acesso à justiça. A cláusula de reserva do Judiciário, por sua vez, estaria reduzida às questões exigidas por lei. Nesse sentido, segue a doutrina corrente:

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem (CARMONA, 2009, p. 39)

Como se vê, a análise dos requisitos objetivos e subjetivos do cabimento da arbitragem é trabalho essencial para o desenvolvimento da presente pesquisa. No capítulo seguinte a temática da arbitrabilidade será mais explorada, analisando-se os citados requisitos especificamente em relação a cada um dos tipos de direitos coletivos.

#### 4. ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS TRANSINDIVIDUAIS

Enquanto método de resolução de conflitos devidamente regulamentado no ordenamento jurídico nacional, a arbitragem tem espaço para desenvolvimento teórico e prático. Uma das áreas em que é questionada a possibilidade de utilização da técnica arbitral é na tutela de direitos transindividuais.

Nessa capítulo, portanto, será possível a investigação do principal objetivo do trabalho, ou seja, o cabimento da arbitragem para a tutela de direitos coletivos. Ao final, serão tecidas algumas considerações sobre a adequação do método – verificando-se, assim, as vantagens, desvantagens e possíveis limites do uso da arbitragem – e o amoldamento do procedimento às regras específicas do microsistema processual coletivo.

##### 4.1 CABIMENTO DA ARBITRAGEM PARA A GESTÃO DE CONFLITOS COLETIVOS

A arbitragem coletiva já é realidade em diversos países<sup>148</sup>. Entretanto, o seu desenvolvimento se deu de maneira sensivelmente distinta a qualquer fonte regulamentar existente no Brasil, pelo que pouco pode contribuir para a análise da arbitrabilidade de litígios nesse país. Além disso, existem muitos pontos controvertidos jurisprudencial e doutrinariamente, estando longe de constituir sistema consolidado (NERY, 2016, p. 220-225). No entanto, a experiência estrangeira pode contribuir para alguns pontos defendidos neste trabalho: i) é possível trabalhar de maneira compatível com normativas sobre arbitragem e sobre direitos coletivos, ii) a necessidade de uma tutela diferenciada para algumas situações jurídicas coletivas estimula o desenvolvimento científico de métodos capazes de solucionar os casos, dentre eles a arbitragem coletiva<sup>149</sup>, iii) nem sempre pontos sensíveis de procedimento tem tutela normativa, não inviabilizando a sua instauração.

Como visto no tópico 2.2.1, as características especiais dos direitos coletivos *lato sensu* levaram à elaboração de um sistema processual específico que permitisse a tutela adequada desses direitos. As especificidades relativas a representação, cabimento e coisa julgada, por exemplo, respondiam adequadamente à titularidade, natureza transindividual e indivisibilidade dos mesmos.

---

<sup>148</sup> Alguns exemplos, como Canadá, Estados Unidos e Espanha, serão citados ao longo do presente capítulo.

<sup>149</sup> Sobre o assunto, complementam Nunes e Teixeira (2013, p. 13): “Percebe-se neste aspecto, em um panorama mais amplo, que a chamada crise da Justiça e seus reflexos no cenário político, cultural e econômico fizeram com que o tema extrapolasse a esfera do Judiciário, exortando os demais Poderes e a sociedade civil a buscarem uma solução conjunta e interdisciplinar”.

Por muito tempo, a atribuição do caráter de indisponibilidade dos direitos transindividuais induziu a uma leitura de impossibilidade de resolução de conflitos envolvendo direitos dessa natureza por meio de qualquer outro meio senão o processo estatal. No entanto, uma interpretação mais moderna desse conceito, aliada ao novo panorama de adequação processual decorrente do movimento de acesso à justiça, pode culminar em uma exegese que não apenas permita, mas incentive o uso de da arbitragem para a resolução de conflitos metaindividuais.

O movimento de acesso à justiça parte da premissa de que existem obstáculos processuais pelo qual “certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela” (CAPPELLETTI, 1992, p. 3). Dada a importância social dos direitos transindividuais e da dificuldade prática de efetivação desses direitos a partir dos institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, o modelo multiportas atualmente adotado pelo sistema possibilita a investigação do método arbitral coletivo.

Nos tópicos seguintes, serão analisados os critérios de arbitrabilidade objetiva e subjetiva de litígios estabelecidos pela Lei de Arbitragem, investigando-os à luz das especificidades dos direitos coletivos *lato sensu*, todos previstos segundo o Código de Defesa do Consumidor.

#### **4.1.1 Direitos e interesses difusos**

Conforme estabelecido no capítulo anterior, segundo os critérios postos pela Lei de Arbitragem, para que possam ser resolvidos por meio desse método, os conflitos precisam envolver direitos patrimoniais disponíveis e ser realizado por pessoa capaz de contratar. A arbitrabilidade objetiva dos direitos difusos, portanto, pressupõe a existência de direitos difusos disponíveis e patrimoniais. Iniciar-se-á a abordagem por ela. Conforme abordado no capítulo 2, os direitos coletivos *lato sensu* são considerados indisponíveis, sem, no entanto, haver homogeneidade doutrinária quanto aos fatores que levam a decretação dessa indisponibilidade. Nesse sentido, uma primeira possibilidade em relação à arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos difusos concluiria pela sua impossibilidade, uma vez que não atendido o critério da disponibilidade.

É o que entende Greff (2015, p. 62), para quem “no campo dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* afirma-se na sua indisponibilidade como regra geral (...). A arbitrabilidade desses direitos encontra-se, assim, óbice na sua indisponibilidade”.

Contudo, essa não parece a melhor solução ou aquela que melhor se harmoniza com o sistema jurídico moderno. Essa conclusão decorre de algumas premissas. A primeira delas é a flexibilização do conceito de indisponibilidade de direitos<sup>150</sup>, que pode se dar no âmbito doutrinário, legislativo e prático-jurídico. A flexibilização doutrinária ocorre pela adoção por parte da academia de conceitos não absolutos ou escalonados acerca da disponibilidade de direitos. É o caso do entendimento de Talamini citado no tópico 2.1.1. Assim, para ele, existe uma gama de direitos ditos indisponíveis que podem ser objeto de arbitragem, pois a o conceito de indisponibilidade comporta gradações, e apenas uma delas impede a instauração de procedimento arbitral. Assim, existe a indisponibilidade estritamente processual, decorrente da lei e irrelevante do ponto de vista material. Essa primeira gradação não importa para a análise da arbitrabilidade. Ademais, existe a indisponibilidade material propriamente dita, retratada pela “impossibilidade de pura e simplesmente se renunciar a um direito”. Contudo, esse é tampouco o conceito e indisponibilidade que servirá de parâmetro para a arbitragem (TALAMINI, 2005, p. 339-340).

Uma segunda vertente da indisponibilidade material trata da impossibilidade “de o sujeito, constatando que não détem razão, curvar-se à pretensão alheia”<sup>151</sup>. Essa acepção impede o reconhecimento extrajudicial mesmo no quando não se tem razão “e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição”. É o que chama o autor de “necessariedade da intervenção jurisdicional”. Os exemplos citados aqui são a persecução penal, a separação judicial, a falência ou insolvência. É essa segunda vertente que alude o art. 1º da Lei nº 9.307/1996. Sendo assim, “cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente do ingresso em juízo”<sup>152</sup> (TALAMINI, 2005, p. 339-343).

Significa dizer que a impossibilidade de renúncia ou transação do direito material não pode ser confundida com a liberdade em escolher o juiz privado para a solução do litígio. E é nessa segunda situação que repousa o critério de arbitrabilidade objetiva de litígios (SILVA, 2018, p. 3). Assim, “se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo” (TALAMINI, 2005b, p. 6). Nessa hipótese, tem-se que nos

<sup>150</sup> Nesse sentido, Venturini (2016, p. 12), assevera que “parece cada vez mais evidente a necessidade de se reconhecer o relativismo conceitual que reveste o tema da indisponibilidade dos direitos”.

<sup>151</sup> Em outra oportunidade pode o autor analisar que, nos casos em que a Administração Pública, por exemplo, dá cumprimento ao direito alheio, não pode ser atribuído desrespeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pois a “Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão”, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio” (TALAMINI, 2005b, p. 2).

<sup>152</sup> Em sentido similar, diz Ferreira (2018, p. 156) ser “injustificável não poder recorrer a arbitragem para casos em que a tutela judicial não fosse imprescindível”.

casos em que é possível a solução da lide por meio de termo de ajustamento de conduta<sup>153</sup>, por exemplo, é cabível a instauração de procedimento arbitral.

Essa é a melhor interpretação possível e que dá conta de atender aos critérios legais de arbitrabilidade, aos comandos de eficiência voltados à Administração Pública, bem com os valores constitucionalmente perseguidos pela ordem constitucional vigente.

Já a flexibilização legislativa ou normativa decorre da adoção, em textos legais, de dispositivos que vão de encontro à tradicional classificação estática da disponibilidade do direito privado e da indisponibilidade do direito público. É o que se extrai da possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública através da previsão de utilização de mecanismos privados de resolução de disputas, destacando-se inclusive a arbitragem no art. 11 da Lei nº 11.079/2004, conhecida como Lei da Parceria Público Privada. Tal previsão normativa demonstra a superação da clássica separação entre setor público e privado, aproximando as duas áreas, e garantindo a possibilidade de atuação de terceiros particulares impor a sua decisão sobre a Administração Pública. Em outras palavras, o particular passa a interferir sobre a esfera tradicionalmente pública.

A própria reforma da Lei da Arbitragem através da Lei nº 13.129/2015<sup>154</sup> para, dentre outros elementos, autorizar o emprego do procedimento arbitral envolvendo o Poder Público e a Lei de Mediação permitindo a resolução extrajudicial de direitos indisponíveis (necessária apenas a homologação em juízo)<sup>155</sup>, bem com o uso da mediação por pessoas jurídicas de direito público<sup>156</sup>, são exemplos de flexibilização normativa que indicam

---

<sup>153</sup> Venturini (2016, p. 6-7) entende configurar-se o instrumento um importante meio de resolução extrajudicial de conflitos. Para o autor, os termos de ajustamento de conduta “Trata-se de um bom exemplo de importante mecanismo resolutório extrajudicial de conflitos coletivos cuja utilização, todavia, muitas vezes tem sido absolutamente deturpada justamente por conta da falsa premissa de que não poderia instrumentalizar autêntica negociação, diante da “indisponibilidade” dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Ademais “a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido”, dificultando o desenvolvimento e a utilização do instrumento na sua real capacidade.

<sup>154</sup> Pinho (2018, p. 138-139) constata que “como é de conhecimento geral, o art. 3º da Lei de Mediação é um divisor de águas no que se refere à definição dos limites do acordo a partir da espécie de direito em jogo. É digno de nota que o legislador opta por impor apenas limites objetivos, não excluindo da mediação incapazes ou mesmo vulneráveis”.

<sup>155</sup> Sobre a classificação dos direitos admitidos no procedimento de mediação, Pinho (2018, p. 143-144) conclui que “primeiramente temos os direitos indisponíveis não transacionáveis. Nesses casos, haverá ou uma expressa norma proibindo o acordo, ou ainda a violação a um direito fundamental, o que deverá ser apreciado pelo magistrado no caso concreto (...). Assim sendo, caso o juiz entenda que as partes se excederam, e avançaram sobre matéria que não se encontra dentro de sua esfera de disposição, deverá recusar a homologação. Podemos dizer, então, que se for feito acordo sobre direito indisponível não transacionável, tal avença será nula de pleno direito (...). Por outro lado, na hipótese dos direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial não poderá produzir seus efeitos. Em outras palavras, a homologação é condição de eficácia do acordo”.

<sup>156</sup> Sobre essas hipóteses, Venturini (2016, p. 4) assevera que “muito embora a reforma noticiada continue a parametrizar como alvo de atuação dos mecanismos consensuais os conflitos envolvendo direitos disponíveis, ao

diretamente a possibilidade de utilização de diferentes métodos adequados de resolução de conflitos mesmo nos casos em que a antiga lógica da separação entre os setores público e privado.

Assim como ocorreu com a arbitragem envolvendo a Administração Pública, ajustada “primeiro para tornar a arbitragem um instrumento favorável ao direito público; segundo para ultrapassar os obstáculos formais que não eram indispensáveis a proteção da ordem pública, como se fazia crer” o desafio para a procedimentalização de arbitragens de direitos transindividuais passa a ser a adaptação (FERREIRA, 2018, p. 149). Situação similar se dá com a flexibilização da ação penal pública nos casos de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/1995) ou o abrandamento da pena nos casos de colaboração premiada (art. 1, § 5º, Lei nº 9.613/1998<sup>157</sup>, art. 13 Lei nº 9.807/1999, art. 41, Lei nº 11.343/2006). A Lei nº 12.529/2011 trouxe a regulamentação do “programa de leniência”, tratando da possibilidade de realização de “acordo de leniência” que inclui a extinção da ação punitiva ou redução da penalidade aplicável. Por sua vez, a Lei nº 12.850/2013<sup>158</sup> regulamentou a matéria, possibilitando a concessão de perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos<sup>159</sup>.

Para Massali (2015, p. 177-178), “tanto a figura da transação penal como a suspensão condicional do processo são institutos despenalizadores que mitigam os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública por parte do Ministério Público”, justificadas essas composições pela finalidade pacificadora e pela redução de processos.

---

menos alguma abertura aparece na medida em que a Lei de Mediação alude ao cabimento do procedimento mediatório para a solução de conflitos que envolvam direitos indisponíveis passíveis de transação. Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referentemente aos conflitos de direitos indisponíveis no país”.

<sup>157</sup> Observe-se que redação do artigo citado, o qual integra a lei que dispõe sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro e ocultação de bens, foi dada pela Lei nº 12.683/2012, que teve como objetivo “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. A flexibilização da condição de obrigatoriedade da persecução penal bem como a possibilidade de “negociação” e “transação” sobre a pena foram justificadas em nome da eficiência da prestação jurisdicional.

<sup>158</sup> Sobre o assunto, Venturini (2016, p. 10-11) entende que “delação premiada e o acordo de leniência constituem verdadeiras técnicas compositivas transacionais” e configuram-se, em última análise, na transação do direito de liberdade, que foi considerado, por muito tempo “um dos pilares da garantia do devido processo legal, da revolução francesa e de todas as demais declarações de direitos do mundo moderno” e por isso “intuitivamente considerado indisponível e, portanto, absolutamente inegociável”.

<sup>159</sup> Sobre a aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos em matéria penal, Campos, et al á (2018, p. 335-336) dizem que existe no México a “Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal”, tendo como finalidade “propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad”. Como antecedentes dessa regulamentação, citam os autores a existência das audiências de conciliação nos procedimentos jurisdicionais.

Por fim, a flexibilização prático-jurídica se dá no seio dos tribunais, por meio da ratificação de procedimentos que acolham a realização de atos de disposição envolvendo direitos ditos indisponíveis. É o caso das conciliações em matéria consumerista que, embora seja regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor – o qual contém normas de ordem pública e interesse social – são frequentemente solucionadas através de métodos autocompositivos. Não só são comuns as conciliações no âmbito consumeristas como são, em alguns casos, consideradas mais adequadas para a resolução de conflitos. É o que defende Ramos (2017, p. 4/7) para quem tem-se nos casos de superendividamento e acidentes de consumo dois exemplos de situações em que formas alternativas de solução de conflitos de consumo foram utilizadas com sucesso, sendo possível garantir a igualdade entre as partes e a autonomia de vontade. Ao contrário do que usualmente pode-se alegar, “muitas vezes o resgate do protagonismo do indivíduo na condução de seus conflitos se apresenta como uma forma de redução de sua vulnerabilidade”.

Outro exemplo envolvendo diretamente a avaliação da possibilidade de submissão de litígio à arbitragem é encontrado no Conflito de Competência 139.519, tendo-se lá fixado o entendimento de que “a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público”, pelo que existe “convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público”.

A segunda premissa, em sentido similar, é a de que não existe norma legal impondo a resolução de conflitos envolvendo direitos difusos pela via estatal. O art. 852 do Código Civil, interpretado enquanto dispositivo que trata das disciplinas que não podem ser resolvidas senão pela via judicial, não inclui no seu rol o caso dos direitos coletivos. Tal redação, note-se, foi posterior à Lei nº 9.307/1996 bem como às Leis da ação civil pública e Código de Defesa do Consumidor. Assim, para Talamini (2005b, p. 6), essa norma “mais recente do que a Lei de Arbitragem, foi mais clara ao definir por exclusão o campo objetivo de aplicabilidade da arbitragem: ficam de fora as ‘questões de estado, de direito pessoal de família e (...) outras que não tenham caráter estritamente patrimonial’.

Ferreira (2018, p. 150-162) assevera que, diferentemente do que ocorre na França, por exemplo, onde a existência de dupla jurisdição – judicial e contencioso administrativo – impediu, por muito tempo, a apreciação da arbitragem de litígios envolvendo a Administração Pública pelo “princípio geral da proibição de arbitragem (passível de ser revogado por normas específicas autorizativas)”, no Brasil a discussão acerca da possibilidade de submissão de litígios à arbitragem repousa nos limites do procedimento arbitral, especialmente na análise

dos requisitos de arbitrabilidade. Esse entendimento é compatível com o posicionamento de que o critério da indisponibilidade não é, portanto, suficiente para determinar a arbitrabilidade do litígio coletivo. Em igual sentido, havendo possibilidade expressa na Constituição Federal de arbitrabilidade de conflitos coletivos laborais, não há lógica satisfatória que indique a impossibilidade de instauração de procedimento arbitral para conflitos coletivos (ROQUE, 2014, p. 77).

Assim, diante da inexistência de norma que impeça a submissão de lides coletivas ao procedimento arbitral, bem como não se encontra no ordenamento jurídico regra que exija a participação do Judiciário na resolução de tais litígios<sup>160</sup>, não se vislumbra como melhor interpretação das normas do ordenamento jurídico nacional qualquer posicionamento que impeça a instauração de arbitragem de situações jurídicas coletivas pela suposta indisponibilidade desses direitos.

Por fim, a terceira premissa impõe a leitura das normas processuais de maneira que respondam adequadamente às necessidades elencadas pelo movimento de acesso à justiça e ao modelo multiportas, novos paradigmas de políticas públicas de justiça. Se as normas constitucionais dirigem o sistema jurídico nacional, e a nova interpretação do princípio da inafastabilidade da jurisdição auxiliou na adoção de um novo modelo de resolução de conflitos pelo sistema processual, não há argumento contrário à interpretação de todas normas voltadas à proteção dos direitos coletivos em conformidade com os princípios constitucionais<sup>161</sup>. Inclui-se, nessas hipóteses, a possibilidade de utilização da via arbitral para solução de direitos coletivos, que demandam uma atividade satisfativa com eficiência e celeridade, justamente pela sua relevância jurídica e impacto social.

Nesse sentido, alguns autores defendem a ideia de insuficiência do conceito de indisponibilidade para avaliar a possibilidade de arbitrabilidade de litígios coletivos<sup>162</sup>. É o

---

<sup>160</sup> Corrobora esse entendimento às previsões legais sobre a possibilidade de termo de ajustamento de conduta, que poderá ser tomado pelos órgãos públicos legitimados à proposição de ações coletivas, sem haver, contudo, norma que exija a participação ou homologação do termo pelo Judiciário.

<sup>161</sup> Sobre a matéria, assevera Pinho (2018, p. 147) que “a ideia da mediação envolvendo direitos indisponíveis se coloca dentro de um movimento de expansão do uso dos meios de obtenção de consenso, dentro da lógica de economia processual, efetividade, celeridade, adequação e real pacificação do conflito”, sendo aplicável a mesma lógica ao problema estudado nesta obra, ou seja, arbitragens de direitos transindividuais.

<sup>162</sup> Na contramão, o Projeto de Lei nº 5.139/09 prevê que, após a fase postulatória, tentará o juiz a conciliação “sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão”. Não houveram emendas em sentido contrário. O que se vê, nesse caso, é a possibilidade de arbitragem, segundo o projeto, apenas como critério de disponibilidade. Ao que parece, contudo, não foi a intenção da lei colocar em desuso os critérios de arbitrabilidade da Lei nº 9.307/1996. Interessante notar, contudo, a falta de critério técnico adotada pelo legislador no conjunto de leis de arbitragem, na nova Lei da Mediação e demais leis do microsistema processual ao longo da história normativa, pelo que se tem pouca consistência quanto aos critérios que permitem o uso dos métodos adequados.

caso de Nery (2016, p. 101/239), quem entende que “ainda que se debruce sobre o conceito de disponibilidade do direito, este não se apresenta como critério que, sozinho, seria capaz de apontar inequivocamente a arbitrabilidade do litígio” e que portanto, adota “como critério para a definição da arbitrabilidade a relativa indisponibilidade e a transigibilidade do direito patrimonial”. É o que denomina Merçon-Vargas (2012, p. 94) de dogma<sup>163</sup> da indisponibilidade<sup>164</sup>: interpretado de forma restrita, a indisponibilidade de direitos poderia limitar a realização de termos de ajustamento de condutas, embora fique demonstrado que em determinado caso concreto seja muito mais efetivo e a realização do compromisso de forma a “recompôr o bem jurídico, em contrapartida de eventual redução de sanção, do que prosseguir, em juízo, a *futura* recomposição da lesão”.

Essa parece ser a melhor interpretação diante do atual ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, para Luis Alberto Petit Guerra (2000, p. 4-10) ressalta que as formas processuais, especialmente quando atualizadas, não podem ser interpretadas forma que, ainda que à serviço da justiça, impeçam a sua consecução. Destaca ainda o papel da “desformalización”, que ha conllevado con todas y sus imperfecciones, a mejorar la efectividad de los procesos” e na possibilidade de, através de uma interpretação progressista, “premiar la justicia sobre las formas”, realizar justiça.

Seguindo a importância da finalidade da Ciência Jurídica e da relevância dos valores constitucionais para o sistema jurídico nacional, Talamini (2005, p. 338) afirma que, em determinados casos, “embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais justificam que, observadas determinadas condições, o Estado renuncie a determinada decorrências ou derivações desse bem indisponível”. Assim, quando se fala de tutela de direitos coletivos, há a necessidade de se pensar nos fins do processo coletivo e no objetivo do próprio sistema, que é a garantia de um conjunto de regras que se permita resguardar os bens e interesses transindividuais, cujo interesse social exige uma resposta adequada. Para tanto, o uso da arbitragem pode se mostrar uma alternativa vantajosa.

---

<sup>163</sup> Venturini (2016, p. 2), analisando situação semelhante, chama de “tabu da exclusividade da solução puramente adjudicatória do Estado a respeito dos conflitos que os envolvem”. Pinho (2018, p. 137) também chama de “tabu no direito brasileiro” os acordos envolvendo direitos indisponíveis, agora já expressamente admitidos por força da Lei nº 13.140/2015.

<sup>164</sup> Em sentido similar, complementa Roque (2014, p. 113): “Como não há previsão, na legislação brasileira sobre ações coletivas, acerca da indisponibilidade de tais direitos, tal atributo somente pode resultar das determinações do direito material (...). Mais uma conclusão importante, desse modo, é revelada: assim como apontado em relação aos direitos individuais homogêneos, também não se pode afirmar que todos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* sejam indisponíveis, de forma genérica, ao contrário do que sustenta parcela dominante da doutrina. É lícito supor que não haja como dispor do direito ao meio ambiente equilibrado, um dos primeiros exemplos que costumam ser invocados. Pareceria, assim, que a tese da disponibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não passa de um delírio”.

A questão da patrimonialidade, por sua vez, se mostra como critério mais objetivo e que se coloca como menor barreira à arbitrabilidade coletiva. Se entendida como “aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado com conteúdo econômico” (TALAMINI, 2005, p. 345) uma gama muito pequena de conflitos não pode ser objeto de arbitragem, incluindo aqueles que dizem respeito a direitos coletivos. Mariani (2015, p. 63) diz, nesse sentido, ser possível a instauração de procedimento arbitral que trate da violação do direito à honra, pois, embora o direito ali discutido seja indisponível, a deliberação sobre eventual ilícito cometido ensejaria sua reparação, essa disponível e de caráter patrimonial.

No que tange à questão da arbitrabilidade subjetiva, é pacífico na doutrina a possibilidade de representação da coletividade pelos entes legitimados à propositura das ações coletivas<sup>165</sup>. Dada a capacidade contratual desses órgãos<sup>166</sup>, a necessidade de criação de normas de legitimação extraordinária diante da impossibilidade de representação da coletividade nos moldes da legitimidade processual clássica<sup>167</sup>, a representação da coletividade fora do juízo estatal feita pelos legitimados é inquestionável<sup>168</sup>.

A romantização da titularidade dos direitos difusos pode levar a perda da força atribuída em lei aos legitimados coletivos para a sua tutela: não pertencem à comunidade, não pertencem a um grupo. Sua titularidade transcende aos indivíduos. A única forma de tutela atualmente para tanto, é através dos legitimados. Assim, no quesito da arbitrabilidade subjetiva, não há dúvidas quanto à possibilidade de atuação dos legitimados em nome dos direitos difusos (ROQUE, 2014, p. 110-113).

A Constituição Federal determina a necessidade de proteção de direitos difusos, sem estabelecer que essa tutela deve se dar necessariamente através da atividade jurisdicional estatal. Não tendo a norma constitucional especificado a forma mediante a qual deverão ser protegidos tais direitos, sendo a arbitragem método adequado de resolução de conflitos,

---

<sup>165</sup> Para Mariani (2015, p. 79) “a luz do rol expresso de legitimados que nosso microsistema de ações de natureza coletiva impõe, verifica-se que não deve haver maiores dificuldade ao cumprimento do requisito [da arbitrabilidade subjetiva]”.

<sup>166</sup> Merçon-Vargas (2012, p. 101-107) diz “Essa constatação já autoriza a conclusão preliminar de que a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos coletivos não pode dispensar a aplicação das regras de atribuição de legitimidade (...). Em síntese, todos os legitimados coletivos, ainda que despersonalizados, são entes dotados de capacidade contratual, razão pela qual se conclui que não haveria, sob tal prisma, impedimento à resolução de conflitos coletivos por meio da arbitragem”.

<sup>167</sup> Conforme visto nos capítulos 2 e 3.

<sup>168</sup> É o que se deu, por exemplo, no caso do Desastre Ambiental de Mariana, ou Caso Rio Doce, onde com a assinatura e homologação do TAC GOV, “as partes ajustam uma série de obrigações recíprocas (...) incluída a reformulação da governança da própria Fundação Renova e a extinção da ação civil pública movida pela União, Estados, Municípios e suas autarquias”. A ação civil pública 0023863-07.2016.4.01.3800, conhecida também como a ação civil pública de 155 Bilhões encontra-se suspensa desde de 26 de janeiro de 2017 em razão do acordo firmado no termo de ajustamento de conduta (SOBRAL, CAMPOS, TRAZZI, ZANETI JR., LINO, 2018, p. 5).

devidamente regulamentado, com amparo constitucional e jurisprudencial, não há porque não permitir a arbitragem de direitos transindividuais se o método cumpre com os objetivos constitucionais.

Dessa forma, a inarbitrabilidade dos litígios deve ser entendida como uma garantia frente ao abuso. Quer dizer, diante de um processo em que um incapaz saiu vencedor, é certo anulá-lo pela falta de curador, sendo que a função deste era justamente tutelar pelos direitos do incapaz<sup>169</sup>? Parece lógico que não. De igual forma, é correto vedar aos legitimados o uso da arbitragem para tutela coletiva com base na sua falta de titularidade sendo que ordenamento jurídico o arrolou como substituto processual apto à tutela? (MARIANI, 2015, p. 80). Em sentido similar, diz Venturini (2016, p. 2) que “em que pese a indefinição conceitual, a qualificação de indisponibilidade historicamente tem servido como ferramenta técnico-jurídica que objetivaria, em tese, a melhor proteção de determinados interesses ou direitos considerados fundamentais, tanto a título individual como coletivo”.

A indisponibilidade, sob a ótica subjetiva, deve também levar em consideração a sua função como garantia de proteção do bem. A atuação do legitimado deverá, portanto, ter como objetivo a persecução desse fim. Caso se demonstre, em determinado momento do processo que o bem em litígio em um determinado processo está sendo protegido, não há porque não abrir mão da pretensão em favor do réu, uma vez que não há prejuízo à coletividade<sup>170</sup>. Em sentido similar, não há porque atribuir à persecução do bem através da arbitragem o caráter de disposição do bem.

Ironicamente, Venturini (2016, p. 5) diz que “a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado a absoluta ausência de sua proteção adequada. Essa realidade é tão mais aparente e especialmente grave nos países cujos sistemas de justiça não garantem prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável”. Assim, estar-se-ia diante do paradoxo da indisponibilidade, uma vez que a “extrema essencialidade desta categoria de direitos ou interesses parece funcionar contra a sua própria existência e proteção”.

E há de se ressaltar que o Projeto de Lei nº 5.139/2009, mencionado no 2º capítulo, trazia expressamente a hipótese de arbitragem de direitos ali tutelados(art. 19, § 1º),

---

<sup>169</sup> Cabral (2015, p. 203) diz que a indisponibilidade não pode ser fator impeditivo de todos os tipos de negociação. No caso das negociações processuais, por exemplo, pode ser possível, através de convenção processual, que seja reforçada “a proteção que o próprio ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade”, como “uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz”.

<sup>170</sup> Nesse exato sentido se posiciona Talamini (2005, p. 341) para permitir a participação do ente público na arbitragem em PPP.

no caso, direitos transindividuais<sup>171</sup>. Isso demonstra que a realidade das arbitragens coletivas não está tão distante no Brasil.

Todas essas premissas autorizam a conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a arbitragem de litígios envolvendo direitos difusos. Ao contrário, as mais modernas interpretações doutrinárias e modificações legislativas, bem como as decisões dos tribunais nacionais, impõe a utilização do método mais adequado para o caso concreto, respeitados os limites legais. Não havendo proibição expressa, e sendo a arbitragem método idôneo, havendo a possibilidade de tutela através de diferentes legitimados, existe a possibilidade de arbitramento de lides coletivas.

#### **4.1.2 Direitos e interesses coletivos *stricto sensu***

Situação semelhante à dos direitos difusos é atribuída aos direitos coletivos *stricto sensu*, pois existe entendimento de que, diante da indisponibilidade desses direitos, não seria possível a arbitragem envolvendo essa categoria coletiva.

Porém, com base nas colocações elaboradas no tópico anterior, defende-se a ideia de possibilidade de utilização da via arbitral para solução de litígios envolvendo direitos coletivos *stricto sensu* uma vez que presentes também neste caso as três premissas autorizadoras da arbitrabilidade de direitos difusos. No entanto, aqui são cabíveis algumas análises específicas que podem facilitar a compreensão acerca da arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos coletivos *stricto sensu*.

A primeira delas é o caso da atuação dos sindicatos enquanto órgãos de representação do grupo. Merece destaque a desnecessidade de intervenção judicial pela possibilidade de pacificação via sindicato. Além das negociações inerentes à atividade sindical, a Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta a possibilidade de conciliação de disputas através das Comissões de Conciliação Prévia, “o que reforça a possibilidade de resolução extrajudicial desse tipo de disputa” (SILVA, 2018, p. 3). Nesse sentido, Manus (1983, p. 3-4) defende ideia de uma necessária “alteração na forma de solução dos conflitos coletivos do trabalho, de tal modo a que às partes, fundamentalmente caiba a atribuição de criar suas próprias condições de trabalho”, criticando as decisões dos tribunais em dissídios coletivos, as quais “nem sempre colocam termo ao dissídio, assim entendido como o litígio

---

<sup>171</sup> O Projeto de Lei nº 4.484/2012, outra proposta de disciplina da ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, reproduz exatamente a mesma redação. Esse novo projeto de lei, contudo, encontra-se arquivado.

entre empregados e empregadores, mas apenas solucionam a questão formal, ou processual”. A arbitragem, por sua característica de protagonismo das partes se mostra como importante figura capaz de alterar essa realidade.

A segunda anotação quanto ao papel dos sindicatos decorre da sua atuação judicial<sup>172</sup>. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que esses órgãos não precisam de autorização dos membros para atuar em juízo em razão da sua ampla representatividade. Nos autos do Recurso de Revista nº 9988600-48.2003.5.02.0900<sup>173</sup> o Tribunal Superior do Trabalho pode se manifestar sobre a legitimidade da substituição processual dos trabalhadores pelo sindicato e do alcance da sentença ali proferida. Fixou-se o entendimento de que o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, ao atribuir legitimidade dos órgãos sindicais para a tutela defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria – judiciais ou administrativas –, autoriza a atuação ampla do sindicato e não exige o elenco dos substituídos no início do procedimento. Assim, a postulação por intermédio do sindicato é forma de desonerar o trabalhador do ônus de enfrentar o empregador individualmente, devendo ser incentivada pelo Judiciário como meio de ampliar o acesso à justiça dos trabalhadores. Ademais, “corolário básico desse raciocínio é a admissão de que a substituição processual abrange todos os integrantes da categoria”, ainda que não tenham participado do processo judicial. Esse exemplo demonstra o amadurecimento dos ideais de representação enquanto forma de facilitação e garantia de acesso à justiça. Tem-se, assim, possibilidade de tutela de direitos coletivos *stricto sensu* pela via negocial. Não havendo necessidade de intervenção do Estado-juiz, nos termos do capítulo anterior, é possível admitir a possibilidade de tutela de direitos trabalhistas através da arbitragem.

A pesquisa “Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva” do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 17-20) demonstra a importância do papel dos sindicatos enquanto figuras atuantes na tutela de direitos coletivos, por serem “uma das poucas entidades da sociedade civil que figura modestamente nas partes mapeadas”. No entanto, para a percepção dos juízes avaliados na pesquisa, “a Lei da ACP contribuiu para fortalecer o MP, mais do que as organizações da sociedade civil. Se correta, essa avaliação representa grande revés nas expectativas originais daqueles que pugnaram pela ampliação do acesso à Justiça para causas coletivas”.

---

<sup>172</sup> Segundo Nancy Andrichi (2006, p. 2), uma das maiores áreas de especialização das Câmaras Arbitrais no Brasil se dá justamente no âmbito trabalhista. Já nos Estados Unidos, quase 1/3 das arbitragens coletivas em curso dizem respeito à matéria trabalhista (ROQUE, 2014, p. 30).

<sup>173</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 9988600-48.2003.5.02.0900. Brasília/DF. Jugado em 07/05/2008.

Outro importante órgão regulamentado no ordenamento jurídico nacional é o PROCON. Esses órgãos, previstos na regulamentação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 170 e 5º, CF; art. 105, Código de Proteção e Defesa do Consumidor; art. 4º, Decreto nº 2.181/97), integram o Poder Executivo e segundo Gomes e Mendonça (2016, 2-4) “atuam como uma porta de entrada do acesso à justiça” atuando nas causas integrantes do universo do consumo. Através das ações de atendimento, orientação e facilitação do diálogo entre as partes, os PROCONS permitem a redução do número de ações levadas ao judiciário – em particular aos juizados especiais – e a fiscalização e aplicação de sanções são uma “forma de modificar e limitar os comportamentos abusivos do fornecedor”, tutelando bens jurídicos coletivos (GOMES; MENDONÇA, 2016, p. 3-6).

Outros órgãos de proteção do consumidor como o Instituto de Defesa do Consumidor – Idec são também ativos agentes na tutela do direito do consumidor, havendo proposto, inclusive, uma série de ações coletivas visando a sua proteção<sup>174</sup>. No entanto, a lógica demandista nacional impõe sua força também na atuação desses órgãos de defesa do consumidor. Pasqualotto (2013 p. 8-12) critica a vulnerabilidade política das entidades, que carecem “da estrutura administrativa apta a torná-lo respeitado e eficaz nos papéis de prevenção, reparação e repressão que lhe competem”, afetando diretamente a possibilidade de resolução de conflitos consumeristas<sup>175</sup>. Note-se ainda que, em matéria de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de atuação da sociedade civil diretamente na regulamentação dessa disciplina, através da Convenção Coletiva de Consumo.

A inclusão desse instrumento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi uma clara tentativa de tutela adequada, com objetivo de alcance coletiva que é, em teoria, mais eficaz e isonômica do que a tutela fragmentada através de ações judiciais individuais. Sua utilização representaria a adoção de uma “cultura jurídica não exclusivamente dependente do já combalido modelo judicial de soluções pulverizadas para os crescentes conflitos de consumo, mas ao contrário, que instigue a renovação legislativa em prol de modelos paralelos” (VERBICARO, 2017, p. 2-3). No entanto, a prática mostra a sua pouca aplicação. Esse instituto demonstra a possibilidade de tutela negocial de direitos transindividuais através

---

<sup>174</sup> Zuliani (2006, p. 27), entende que “compatibilidade dos dois diplomas legais (Lei 8.078/90 e Lei 9.307/96) pode encontrar sua pedra de toque justamente nas casas destinadas à proteção do consumidor, ou seja, nos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)”, defendendo a ideia de arbitrabilidade das causas consumeristas, especialmente quando mediadas perante órgãos públicos voltados à sua proteção.

<sup>175</sup> Nesse sentido, “O processo de solução dos conflitos nas relações de consumo deve dar primazia a medidas de conciliação e de autocomposição, promovendo-se o estreitamento do contato entre as partes”. Diante de uma situação de conflito, “Desvelam-se, pois, três diferentes níveis ou graus, em ordem sucessiva, para a solução dos problemas: (i) diretamente, na própria empresa; (ii) administrativamente, por meio do Procon (e análogos); ou, (iii) residualmente e em definitivo, via Poder Judiciário” (MONTEIRO FILHO, 2016, p. 3-5).

de particulares<sup>176</sup>, contribuindo para o argumento de possibilidade de arbitramento de litígios coletivos, bem como para demonstrar que é lícita a persecução de bens coletivos pelos órgãos legitimados à propositura das ações coletivas<sup>177</sup>.

Como se vê, a possibilidade de tratamento coletivo de direitos no ordenamento jurídico nacional abrange diversas áreas diferentes do Direito, havendo inclusive previsões expressas de utilização de mecanismos autocompositivos para a sua resolução. É por esse motivo que se verifica certa dificuldade na limitação da utilização dos meios de resolução de conflitos constitucionalmente previstos e regulamentados. Assim,

Por lo que se refiere a la rama del derecho en que se puede situar o ubicar a los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, resulta sumamente complicado limitarnos a un área en lo particular, ya que estos mecanismos cobran aplicación en distintas materias o disciplinas jurídicas, tales como la materia penal, civil, mercantil, familiar, laboral, entre otras (CAMPOS et al, 2018, p. 346).

Diante de todo o exposto, entende-se possível a instauração de procedimento arbitral para tratamento de litígios envolvendo direitos coletivos *stricto sensu* no Brasil.

#### 4.1.3 Direitos e interesses individuais homogêneos

Ao contrário do que ocorre com os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a defesa da arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos é praticamente incontestada. Por serem direitos individuais – tratados coletivamente – não haveria óbice na sua disponibilidade, sendo a via arbitral uma opção viável para a sua tutela<sup>178</sup>. O posicionamento favorável de grande parte da doutrina quanto à possibilidade de

<sup>176</sup> Nesse sentido: “No que diz respeito à legitimidade, enquanto o TAC, de utilização recorrente no mercado de consumo, tem como maior protagonista, embora não exclusivo, o Ministério Público, a convenção coletiva de consumo se apresentaria como um instrumento de controle preventivo levado a efeito diretamente pela coletividade de consumidores e sem autorização prévia dos demais legitimados extraordinários, possuindo a sociedade civil verdadeira autonomia, podendo aqueles funcionarem como meros mediadores, interlocutores e, até mesmo, participantes nas obrigações que serão assumidas reciprocamente pelas partes signatárias” (VERBICARO, 2017b, p. 3).

<sup>177</sup> A relação da matéria consumerista, acesso à ordem justa e efetiva, meios adequados de resolução de conflitos e empoderamento da sociedade civil é resumido por (VERBICARO, 2017b, p. 6): “A convenção coletiva de consumo, portanto, poderá se tornar um instrumento extremamente eficaz na pacificação dos conflitos de consumo e de aproximação da sociedade civil com o segmento empresarial, na busca de soluções construtivas para os problemas e desafios verificados no mercado, mas que vem sendo completamente subutilizado, porquanto foram raríssimas as ocasiões em que foi efetivado, sobretudo em razão de uma cultura jurídica pautada na dependência a um já precarizado modelo de solução judicial de conflitos de consumo, que não responde satisfatoriamente às demandas individuais, quicá coletivas”.

<sup>178</sup> Nesse sentido posicionaram-se Merçon-Vargas e Mariani: “Em síntese, inexistente óbice, de ordem objetiva, para a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos, que por meio de técnicas consensuais, quer por meio da arbitragem” (MERÇON-VARGAS, 2012, p. 119), e “Compreende-se que as ações coletivas (leia-se: direitos individuais homogêneos) em regra podem se submeter à arbitragem, mesmo em caso de substituição processual (...) na maior parte das vezes disponíveis” (MARIANI, 2015, p. 54).

arbitramento de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos pressupõe a aplicação, em sede arbitral, das regras e princípios do microsistema processual coletivo.

Ao que parece, portanto, não existe receio na coletivização do procedimento arbitral, mas tão somente na submissão de direitos difusos e coletivos pela sua dita indisponibilidade, o que contrariaria os critérios de arbitrabilidade objetiva.

Atualmente, o direito do consumidor – o qual contém inúmeros exemplos de direitos individuais homogêneos – está totalmente atrelado à ordem econômica. Se se admite arbitragem desses direitos, que têm consequências diretas no mercado e na vida social, não cabe dizer que impossível a arbitragem de direitos difusos e coletivos porque atingem a ordem pública.

Nesse sentido, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros existe a tendência de retirar esses conflitos do Poder Judiciário apostando-se no método arbitral. É o caso da Espanha<sup>179</sup>, onde existe a regulamentação de um sistema arbitral de consumo, o qual “abraçou a ideia de solidariedade, enfatizando as virtudes de uma decisão coletiva com ampla repercussão na esfera jurídica de um maior número de consumidores expostos às mesmas práticas abusivas, gerando verdadeiro efeito pedagógico ao infrator pelo poder dissuasório das sanções” (VERBICARO, 2017, p. 4).

Não só o julgamento é realizado por árbitros, portanto, exercício de jurisdição pelos particulares, mas a representação dos consumidores também pode ser feita de forma privada. Assim, esse Sistema Arbitral de Consumo espanhol, regulamentado pelo Real Decreto nº 231/2008, tem um procedimento coletivizado, com possibilidade de iniciativa por uma Junta Arbitral de Consumo local ou nacional ou por associações de consumidores representativas. Com a concordância do réu em participar do procedimento, suspendem-se os procedimentos individuais, sem opção de *opt-out* (ROQUE, 2014, p. 40-42).

A realidade da arbitragem coletiva não é exclusividade do direito espanhol. Estados Unidos e Canadá, por exemplo, contam com regulamentação específica no assunto, bem como já possuem casos práticos de arbitragens envolvendo direitos transindividuais. É o caso dos Estados Unidos e Canadá, pioneiros na proceduralização das arbitragens coletivas (NERY, 2016, p. 147-219). Como já mencionado anteriormente, embora não sejam essas experiências consideradas padrão de desenvolvimento para as arbitragens de direitos

---

<sup>179</sup> A Argentina possui regulamentação semelhante, efetivada através dos TAC – Tribunais de Arbitragem de Consumo. O objetivo foi encontrar soluções mais ágeis para os conflitos de consumo bem como oferecer vantagens sobre os obstáculos normalmente existentes nos casos decorrentes das relações consumeristas (ZULIANI, 2006, p.7).

coletivos no Brasil, é possível verificar a compatibilidade da tutela coletiva com o sistema arbitral.

A arbitrabilidade de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos seria ainda benéfica como forma de evitar a utilização das técnicas repetitivas. Como já tratado no segundo capítulo, essas técnicas preocupam-se com o tratamento isonômico dos provimentos jurisdicionais, mas não há correspondente preocupação com o nível do resultado criado pela tese jurídica a ser firmada<sup>180</sup>. Assim, prefere-se o uso de técnicas de coletivização, seja por meio de ação coletiva, seja por meio de arbitragem de direitos coletivos. A representatividade feita através dos entes legitimados para propositura de procedimento coletivo é mais segura do que aquela exigida pelo sistema dos repetitivos, que não atribui critérios específicos para a seleção do objeto repetido, por exemplo. As ações massificadas seriam melhor tratadas, quando possível, por meio da técnica coletiva, pelo que se defende a sua preferência em relação aos sistema de repetitivos, ainda que esta coletivização se dê em sede arbitral.

Nesse sentido, Nancy Andrichi (2006, p. 4-5) entende possível a instauração de arbitragens envolvendo relação de consumo, através de compromisso arbitral. Sendo “o desconhecimento do consumidor sobre a arbitragem e a ausência de mecanismos de fiscalização das Câmaras e Conselhos arbitrais” um dos principais obstáculos a sua concretização, defende que as “inúmeras entidades civis, organizações não-governamentais e órgãos públicos de defesa do consumidor que poderiam ser responsáveis pela divulgação e efetiva informação acerca da arbitragem”. Ademais, acredita ser possível atribuir ao Ministério Público, especialmente por intermédio das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, responsabilidade pela implantação de um sistema de controle e fiscalização das Câmaras e Conselhos arbitrais, de forma a garantir que não haja lesões ao direito dos consumidores.

Assim, ratificando os argumentos acima expostos quanto ao critério da disponibilidade e à possibilidade de arbitragem de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, os comentários a seguir expostos permitirão uma melhor compreensão sobre a importância sistêmica da arbitragem coletiva, bem como será possível verificar como não existe incompatibilidade entre os sistemas – arbitral e coletivo – e ainda como é possível garantir eficiência e segurança para esse novo modelo.

---

<sup>180</sup> Por este motivo, Sica (2016, p. 5) afirma não ter dúvidas que “a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais”.

## 4.2 ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA ARBITRAL

No tópico anterior foram feitos comentários acerca da possibilidade de arbitramento de litígios envolvendo direitos coletivos. Superada o estudo do cabimento, merece destaque algumas considerações sobre a adequação da técnica. Assim, as vantagens e desvantagens do uso da arbitragem serão abordadas, passando pela apreciação do seu aspecto temporal, econômico e qualitativo.

### 4.2.1 Aspecto temporal

Não restam dúvidas de que a questão da morosidade do processo estatal é um grande obstáculo a ser vencido pelo ordenamento jurídico nacional. Segundo a pesquisa Justiça em Números 2018 (BRASIL, 2018, p. 142-144) o tempo médio de duração de um processo em uma vara estadual<sup>181</sup> é 4 anos e 4 meses na fase de conhecimento e 7 anos na fase de execução. Nos juizados especiais estaduais o tempo médio é de mais de 2 anos para cada uma dessas fases processuais. Já nos Tribunais de Justiça estaduais o tempo de tramitação dos processos é de em média 3 anos, enquanto no Superior Tribunal de Justiça os processos tramitam por quase dois anos.

Há nesse sentido, inclusive, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça condenando o Estado do Amazonas pela demora excessiva do Poder Judiciário estadual<sup>182</sup>, o que viola diretamente os princípios da celeridade e razoável duração do processo.

Já a pesquisa “Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva” realizada pelo Conselho Nacional de Justiça aponta a morosidade do Judiciário como problema da política judiciária nacional. As limitações e ineficiências da atuação desse poder fazem com que tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública apontem nos métodos desjudicializadores como melhor caminho para a resolução de conflito. No que se

---

<sup>181</sup> Usa-se como referência a Justiça Estadual uma vez que 79,3% dos processos em trâmite no País estão nesse segmento da Justiça (BRASIL, 2018, p. 73).

<sup>182</sup> Foi o caso da recente condenação do Estado do Amazonas a pagar 30 salários mínimos pela demora injustificada na prestação jurisdicional em ação de execução de alimentos. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-condena-Estado-do-Amazonas-a-indenizar-v%C3%ADtimas-da-demora-excessiva-da-Justi%C3%A7a](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-condena-Estado-do-Amazonas-a-indenizar-v%C3%ADtimas-da-demora-excessiva-da-Justi%C3%A7a) >. Acesso em 18/09/2018. Dias (2006, p. 48) já havia analisado a possibilidade de responsabilização do Estado diante da inobservância do preceito constitucional da duração razoável do processo “tendo em vista que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme expressa disposição da Constituição Federal (art. 5º, § 1º), afigura-se juridicamente viável inclusive a responsabilização do Estado, em nível federal ou estadual, por uma jurisdição que, em decorrência da ineficiência do serviço judiciário, seja prestada em um prazo desarrazoado, para indenizar o jurisdicionado pelos prejuízos causados por sua falha no exercício monopolista do poder jurisdicional”.

refere às ações coletivas, a demora é ainda mais sensível: na percepção de 81,7% dos magistrados “o processamento e julgamento das ações coletivas são mais complexos que aqueles envolvendo ações individuais, o que poderia também explicar a demora e a percebida ‘ineficiência’ do Judiciário no seu julgamento” (BRASIL, 2017, p. 18-19).

A demora para a resolução de um processo judicial, além de acarretar problemas de ordem psicossocial e de ordem macroeconômica, gera consequências diretas na efetividade do procedimento. A percepção acerca da importância do tempo de duração do processo “elevou à categoria de direito fundamental o direito a um processo procedido num prazo razoável” (DIAS, 2006, p. 42-47).

Além da previsão da duração razoável do processo no rol de direito e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal) é acompanhada pela positivação desse direito na qualidade de direito fundamental em diversos tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º). Não obstante a fundamentalidade da duração razoável do processo, Pinheiro (2005) diz que

No caso do Brasil, é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas — isto é, de um perfil institucional e administrativo historicamente sedimentado (...) Na visão de muitos analistas, o Judiciário brasileiro ter-se-ia amoldado, ou acomodado, a essas raízes históricas; a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje praticamente a permanência de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos.

Dessa forma, a arbitragem traz como grande vantagem a questão relativa à duração do procedimento<sup>183</sup>, especialmente se comparado ao procedimento estatal<sup>184</sup>.

Destaca-se que a Lei de Arbitragem foi criada com vistas a celebrar a “participação do povo na administração da justiça”, tornando o método uma das “formas alternativas de solução de controvérsias eficazes para coadjuvar a missão do Estado de distribuir justiça” sendo a celeridade a mais importante vantagem desse método (MACIEL, 2006, p. 2).

<sup>183</sup> A interpretação das fases processuais deve priorizar os objetivos e não a forma em si: “De modo que, debemos ir interpretando toda norma regulatoria de procesos, sin excesivos o rebusques (sacramentalismos) o rituales innecesarios, siempre que la omisión de las formas del proceso, no atente contra la justicia ni contra la seguridad jurídica” (GUERRA, 2000, p. 17).

<sup>184</sup> Não apenas o processo estatal, mas os processos administrativos são também morosos no país. O caso da tragédia em Mariana envolvendo o rompimento de uma barragem é um exemplo: dois anos depois dos fatos, apenas 1% dos valores das multas haviam sido pagos, sendo que todas encontram-se pendente de julgamento administrativo. Ver mais: disponível em <  
[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456\\_738687.html?id\\_externo\\_rsoc=FB\\_CC](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html?id_externo_rsoc=FB_CC) >  
 Acesso em 25/09/2018.

Primeiramente, uma ressalva deve ser feita ao tratar do tema da morosidade da justiça: a resposta mais rápida sem sempre será a mais adequada. Embora a demora da prestação jurisdicional seja um grande problema, é forçoso reconhecer que nem sempre o procedimento mais célere será o mais eficaz, como já desmistificou Moreira (2001, p. 1).

Prova disso é a existência de procedimentos negociados que demoram muito tempo para chegarem ao fim. É o caso, por exemplo, do acordo firmado entre a Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), a Febrapo (Frente Brasileira dos Poupadores) e a Febraban (Federação Brasileira dos Bancos)<sup>185</sup>, mediados pela Advocacia-Geral da União, que tratou do ressarcimento dos poupadores pelas perdas nos rendimentos das cadernetas de poupança decorrentes de diversos planos econômicos implementados no início da década de 90. Quase 30 anos mais tarde, portanto, os conflitos foram objeto de negociação que permitiram a sua parcial pacificação<sup>186</sup>.

Assim, conclui Pinho (2017, p. 54-55) que a celeridade deve ser almejada, sendo que a leitura desse comando para a jurisdição contemporânea implica uma aplicação com qualidade e eficiência, não apenas na rapidez em si mesma.

Auxilia nesse tópico, portanto, uma breve análise da prática arbitral quanto aos prazos. Diante da possibilidade de criação do procedimento pelas partes, os prazos podem ser livremente dispostos por elas. No caso das Câmaras de Arbitragem, é comum que haja regulamentação dos procedimentos que ali se desenvolverão, havendo, nesses casos, prévio regramento acerca dos prazos. Ademais, é comum que não exista duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, as partes disporem sobre a possibilidade de recursos. Sobre a falta de juízo ad quem necessário, importante notar que segundo a pesquisa de Pinheiro (2005), na perspectiva dos magistrados brasileiros, “o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores também prejudica o Judiciário”. Diante dessa realidade, a arbitragem novamente se mostra como alternativa vantajosa, por permitir um procedimento célere e com o devido respeito aos princípios processuais.

Considerados os regulamentos da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira – CARB e do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC, por exemplo, percebe-se a regulamentação de prazos que não ultrapassam 30 dias, sendo que muitos deles não chegam a esse patamar. Outrossim,

---

<sup>185</sup> Disponível em: < <https://idec.org.br/planos-economicos/planos-economicos> >. Acesso em 25/09/2018.

<sup>186</sup> Andrighi (2006, p. 5), em sentido similar, analisa que “As controvérsias submetidas à arbitragem, segundo dados fornecidos pelo CAESP, são solucionadas em aproximadamente 30 (trinta) dias, enquanto que nos Juizados Especiais, por exemplo, espera-se, muitas vezes, dois meses para que seja realizada a primeira audiência de conciliação”.

ambos os regulamentos preveem prazo de 60 dias contados do término do prazo para as alegações finais das partes para a prolação da sentença arbitral<sup>187</sup>. Logicamente que há possibilidade de alteração desses prazos pelas partes decorrente da autonomia das partes no procedimento privado da arbitragem. É preciso notar, contudo, a predisposição a celeridade nesses procedimentos.

Greco (2018, p. 6) diz que “bom sistema arbitral deve solucionar rapidamente o litígio”. Essa celeridade tem como objetivos máximos “restabelecer a convivência harmoniosa das partes que querem preservar e intensificar no futuro, em clima de confiança e cooperação”.

No caso da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira, com sede em São Paulo, por exemplo, esse aspecto tem especial relevância. Isso porque a matéria ali discutida, relacionado ao agronegócio, demanda rápida solução pela própria natureza do bem em questão. Nesses casos arbitragem é mais vantajosa e a questão temporal deve ser tida em consideração.

A celeridade arbitral é, sem dúvida, superior à jurisdição estatal e, portanto, nesse ponto a arbitragem responde de maneira mais eficiente ao comando constitucional do tempo razoável do processo. Nesse sentido Dias (2005, p. 3) diz que “não se pode perder de vista que um dos princípios estruturadores do Estado Democrático de Direito brasileiro é o da eficiência, razão pela qual a Constituição lhe impõe o dever jurídico de prestar serviços públicos adequados e eficientes”, pelo que incabível o entendimento de exclusividade da jurisdição estatal para tratar de temas como aquelas envolvendo direitos coletivos, justamente pela necessidade de pacificar os conflitos dali decorrentes de maneira mais célere possível, dado o alcance do litígio.

O aspecto temporal da arbitragem é o seu maior ponto de vantagem para a técnica, especialmente quando comparada ao moroso processo judicial brasileiro. No entanto, existem outros elementos que devem ser considerados para analisar a adequação da técnica, como o econômico e o qualitativo.

#### **4.2.2 Aspecto econômico**

No que tange à questão econômica da arbitragem, algumas considerações precisam ser abordadas juntamente à questão dos custos das ações coletivas. A primeira delas

---

<sup>187</sup> Note-se que a sentença arbitral, caso não haja convenção em sentido contrário, será proferida no prazo de seis meses, nos termos da Lei nº 9.301/1996.

diz respeito ao custo da litigância judicial e arbitral propriamente dito. Significa dizer quanto e como é feito o pagamento para litigar no âmbito estatal e no âmbito coletivo.

As ações coletivas exigem o pagamento de despesas processuais, assim como os demais processos. Como os bens tutelados naquelas casos dizem respeito à coletividade, existe uma série de regramentos voltados ao estímulo do uso desses mecanismos (MOREIRA, 1982, p. 4). É o caso do pagamento das custas apenas no final do processo estatuído no art. 10, da Lei da Ação Popular, salvo no caso de lide temerária (art. 13). Previsão similar foi incluída na Lei de Ação Civil Pública, que isenta o adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, salvo comprovada má-fé (art. 18). O Código de Proteção e Defesa do Consumidor reproduz a regra (art. 87). Destarte, a legislação nacional conta com mecanismos facilitadores – sob o aspecto econômico – da litigância processual<sup>188</sup>.

Já no caso dos procedimentos arbitrais, dado seu caráter privado, dependem do pagamento de custas para possibilitar o seu funcionamento. Apesar de os valores variarem muito, é certo que a soma total das despesas na arbitragem geralmente é maior, pois o pagamento de taxas, peritos e honorários advocatícios é comum aos dois procedimentos. Na arbitragem, contudo, existe a necessidade de remunerar o árbitro.

A título de exemplo, citam-se os montantes exigidos pela Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira – CARB e do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC. Dentre as despesas listadas no regulamento do CARB<sup>189</sup> encontra-se taxa de registro no valor de R\$ 2.000,00, taxa de administração (paga por ambas as partes) a depender do valor da controvérsia, partindo do valor inicial de R\$ 5.000,00 podendo alcançar R\$ 80.000,00. Há ainda a remuneração dos árbitros (dividido pelas partes), as quais variam de R\$ 10.000,00 a R\$ 52.500,00 mais um percentual, dependendo do valor da causa. Tem-se, portanto, um mínimo de R\$ 17.000,00 de investimento, que pode chegar até R\$ 134.500,00 ou mais. Já os valores necessários para iniciar procedimento arbitral no Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá – CAM-CCBC<sup>190</sup>, nos mesmo patamares varia de R\$ 99.000,00 caso opte-se por um árbitro único ou R\$ 166.500,00 no caso de Tribunal Arbitral composto por 3 membros, a R\$ 280.800,00 no caso de árbitro único e R\$ 510.300,00 para o Tribunal Arbitral.

Sobre o assunto já havia se manifestado Cappelletti e Garth (1978, p. 232):

---

<sup>188</sup> Interessante notar que a realidade jurídica de outros países conduz a resultados diferentes quando da análise do critério econômico. Nesse sentido, Reuben (2006, p. 1276) diz que, em relação à arbitragem, “this informality is attractive to some because of its potential to lead to a faster and cheaper adjudication than public trial”.

<sup>189</sup> Disponível em: <<http://www.carb.org.br/img/RegulamentoSite.pdf>>. Acesso em 19/09/2018.

<sup>190</sup> Despesas calculadas em: <<http://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora/>>. Acesso em 19/09/2018.

Arbitration is an ancient institution characterized by relatively informal procedures, decision-makers with either legal or technical expertise, and binding decisions subject to very limited appeal. Its benefits have long been available to consenting parties. While arbitration may be a relatively quick and inexpensive process, however, it has tended to be very expensive to the parties, because they have had to bear the burden of the arbitrator's fees<sup>191</sup>.

Dependendo, portanto, do pagamento adiantado desses custos – uma vez que não aplicável faticamente às regras do art. 18 da Lei da ação civil pública e art. 87 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – como seria possível uma arbitragem coletiva?

A primeira hipótese que ora se sugere atribuiria ao legitimado que solicitou a instauração do procedimento arbitral<sup>192</sup>. Nesse caso, haveria aplicação parcial do disposto no art. 91 do Código de Processo Civil. A responsabilidade, assim, ficaria a cargo exclusivo do autor.

A segunda hipótese, sugerida por Merçon-Vargas (2012, p. 126-127) é aquela em que “eventual arbitragem para a resolução de conflito relativo à direito coletivo somente seria viável se o potencial réu na ação judicial viesse a concordar em arcar com as custas”. A responsabilidade, assim, ficaria a cargo exclusivamente do réu.

Uma terceira hipótese levantada por Nery (2016, p. 284-286) sugere “a adoção da prática da divisão equânime das despesas do processo arbitral, como vem sendo praticadas pelos regulamentos das instituições arbitrais, sem prejuízo e que, ao final, o derrotado reembolse os valores despendidos pela parte vencedora”. A responsabilidade seria, a priori, dividida por ambas as partes.

A quarta e última hipótese aqui tratada é aquela defendida por Roque (2015, p. 165-168), financiamento do procedimento arbitral por terceiros (*third-party funding*). No entanto, no Brasil, diante da realidade de utilização das técnicas coletivas quase que exclusivamente pelos entes públicos, “a única solução plausível parece estar no financiamento público da arbitragem coletiva, em especial através do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto no art. 13, caput da Lei da Ação Civil Pública”. A responsabilidade aqui ficaria a cargo de terceiros.

Embora todas as hipóteses sejam razoáveis, apresentam problemas ainda não contornáveis. No primeiro caso, haveria dependência da previsão orçamentária dos entes

<sup>191</sup> Tradução do autor: a arbitragem é uma antiga instituição caracterizado por procedimentos relativamente informais, tomadores de decisão com experiência jurídica ou técnica e decisões vinculantes sujeitas a muito limitado possibilidade de recurso. Seus benefícios estão disponíveis há muito tempo para as partes autorizadas. Embora a arbitragem possa ser um processo relativamente rápido e barato, ela tende a ser muito cara para as partes, porque elas tem que arcar com o ônus dos honorários do árbitro.

<sup>192</sup> É, em parte, o que sugere Antonio Gidi (2003, p. 3), quando diz que a notificação dos custos com a notificação dos membros do grupo, segundo seu Código Modelo de Processo Civil Coletivo, “será custeada pelo representante do grupo” (art. 5.3).

legitimados ou, no caso dos legitimados privados, a atribuição de um enorme ônus financeiro para permitir o acesso ao procedimento arbitral, o que limitaria gravemente a possibilidade de utilização da técnica arbitral coletiva. Na segunda hipótese, seria extremamente injusto em face do réu o dever de adiantamento das despesas em um processo em que o próprio precisa se defender. O terceiro caso desestimularia a própria submissão dos requeridos a se submeterem ao processo arbitral, já que é necessário o acordo das partes para a sua instauração. Por fim, a quarta hipótese embora pareça a que menos impõe limites à procedimentalização das ações coletivas, cria outros obstáculos, como a regulamentação e legitimidade do uso desses recursos.

Nesse sentido, a proposta de Código Processual Civil Coletivo de Gidi (2003, p. 8-9) trazia expressamente a ideia de utilização de recursos do Fundo dos Direitos de Grupo “de forma discricionária, criativa e flexível (...), inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais”.

A questão econômica se mostra assim como o grande obstáculo à tornar possível a procedimentalização das arbitragens coletivas no Brasil. A incompatibilidade das normas econômicas do microsistema processual coletivo com o instituto da arbitragem, e a dificuldade fática de visualizar um cenário onde haveria voluntária submissão ao procedimento diante da necessidade de pagamento adiantado – ainda que rateado – de custas em valores tão elevados torna difícil a concretização das arbitragens coletivas.

Isso não é, contudo, fator a impedir o arbitramento de causas envolvendo direitos transindividuais. A um porque, embora difícil, não é impossível que haja acordo entre as partes para deliberação do pagamento dos custos, possibilitando a instauração do procedimento. A dois, é de se imaginar que em um futuro próximo haja a devida regulamentação dessa matéria<sup>193</sup>, facilitando, assim, o desenvolvimento das arbitragens coletivas.

O segundo fator com relação ao aspecto econômico se relaciona com a custo benefício. Embora não seja barata a litigância arbitral, quando comparada ao processo judicial e a estrutura necessária a manutenção do Poder Judiciário, a arbitragem expõe seu benefício.

Em primeiro lugar, o tempo do processo influencia diretamente no seu custo. Para Dias (2006, p. 42) assevera que “processos mais longos exigem, naturalmente, um número

---

<sup>193</sup> Nesse sentido Verbicaro (2017, p. 3-4) diz que “Infelizmente, o legislador brasileiro desperdiçou uma boa oportunidade política de debater, responsabilmente, o impacto da correta utilização do procedimento arbitral no âmbito da relação de consumo por ocasião das discussões acerca da Lei 13.129/15,” que ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem alterando dispositivos da Lei nº 9.307/1996.

maior de órgãos judiciais e de servidores auxiliares, afora a disposição de um aparato judiciário maior e mais sofisticado”. A falta de necessário duplo grau de jurisdição na arbitragem e a possibilidade de estabelecimento de prazos específicos para cada litígio favorecem a redução de custos do procedimento arbitral.

Em segundo lugar, o alto custo para manutenção do Poder Judiciário – assim como a dos entes públicos legitimados à propositura das ações coletivas – são muito superiores as taxas de manutenção das Câmaras Arbitrais, que se tornam praticamente irrisórias diante do custo do Judiciário<sup>194</sup>. Diante dessas perspectivas a arbitragem se torna menos custosa em relação ao processo judicial.

A disparidade da questão econômica nas opções do processo estatal e do processo arbitral é enorme. Esse fato poderia indicar, *a priori*, a vantagem do procedimento judicial sobre a arbitragem. Embora a questão da responsabilidade pelo pagamento dos custos seja extremamente relevante tem-se um segundo aspecto da análise econômica que está relacionado com a relação custo-benefício<sup>195</sup>. Nesse aspecto, a arbitragem possui grande vantagem. Complementa o desenvolvimento desse raciocínio o estudo da adequação qualitativa do procedimento.

#### 4.2.3 Aspecto qualitativo

Na pesquisa “Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva” feita pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017) já citada no início desse trabalho, na percepção dos magistrados, os maiores problemas das ações coletivas diziam respeito à falta de celeridade e complexidade do processo e dificuldades na execução. O problema da celeridade foi abordado no tópico 4.2.1. Quanto aos demais problemas citados, pretende-se demonstrar nesse momento que, quanto ao aspecto qualitativo, o uso da arbitragem também pode trazer vantagens para a tutela de direitos coletivos se comparada ao processo judicial.

Como já exposto no trabalho, a monopolização da tarefa de dizer o direito e pacificar conflitos foi feita pelo Estado sem que houvesse uma necessária e correspondente preocupação com a qualidade do exercício jurisdicional. Assim, a insegurança quanto à

---

<sup>194</sup> Conforme já referido no capítulo 3.1.2, o custo do Poder Judiciário no Brasil hoje é de mais de R\$ 90 bilhões, valor corresponde a 1,4% do produto interno bruto nacional, sendo que 90% da despesa total voltada a manutenção dos gastos com recursos humanos.

<sup>195</sup> Para Sarah Merçon-Vargas (2012, p. 126-127) essa equação é facilmente resolvível: “destarte não há dívidas de que a arbitragem apresenta uma excelente relação custo-benefício”.

aplicação do direito atualmente atinge graus que colocam em risco a própria confiabilidade dos jurisdicionados no Poder Judiciário.

A tentativa de criar técnicas de vinculação de decisão – seja por meio de procedimentos de julgamentos padronizados ou de instituição de formas de expandir a eficácia das decisões –, como no caso dos recursos repetitivos, do incidente de resolução de demandas repetitivas, dos recursos especial e extraordinário repetitivos e das súmulas vinculantes, são exemplos de procedimentos adotados pelo legislador afim de atualizar a procedimentalização das demandas em curso. Embora a preocupação seja, em parte, adotar entendimento único de forma a garantir segurança jurídica, esses instrumentos por vezes acabam se tornando meros filtros redutores de demandas, havendo pouca cuidado com a qualidade da prestação jurisdicional.

A instituição de um sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, com racionalização e valorização das decisões judiciais, dificilmente será aplicada se o modo de produção de sentenças se manterem inalterado. Não podem os juízes continuarem a aplicar o direito de maneira contrária ao entendimento fixado pelos tribunais justificando sua atitude no princípio do livre convencimento<sup>196</sup>, enquanto existe ordem direta no Código de Processo Civil para a manutenção da coerência e integridade da jurisprudência, bem como decorrente da própria lógica da ordem justa a aplicação isonômica do direito. Mas isso inclui também a atividade dos tribunais superiores que, tendo o dever de interpretar a norma constitucional e infraconstitucional – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente –, continuam atuando de forma pouco objetiva e segura sob o ponto de vista da interpretação jurídica<sup>197</sup>.

Se há, por um lado, críticas ao modelo de produção de decisões no âmbito do Poder Judiciário, tem-se no sistema da arbitragem uma realidade bastante divergente:

Isso porque, por um lado, a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução da sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara-ou-coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com o *due process of law* e, sob esse específico aspecto, controlável pelo Judiciário. Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciado a ela, não se está abrindo mão do

---

<sup>196</sup> Streck (2015, p. 160-164) menciona que a nova sistemática processual civil inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 limita o livre convencimento jurisdicional e institui um grande dever de fundamentação e argumentação. O objetivo foi eliminar discricionariedades e criar um sistema mais coerente e íntegro.

<sup>197</sup> Nesse ponto, inclui-se a forma de deliberação das decisões dos Tribunais Superiores criticada por Silva (2009, p. 209-221). Assim, com a dificuldade em distinguir a *ratio decidendi*, perde força a ideia de vinculação do precedente. Percebe-se, ademais, que a regulamentação da sentença arbitral, segundo a Lei nº 9.307/1996, parece já se adiantar neste quesito. Isso porque, o § 2º do art. 24, ao dizer que “O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado”, indica que a sentença será proferida de maneira uniforme, não se exigindo que os votos sejam individualizado no caso de haver a composição de Tribunal arbitral.

direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão (TALAMINI, 2005, p. 344).

Dessa forma, dentre as vantagens do uso da arbitragem para a tutela de direitos transindividuais destacam-se a especialização do(s) julgador(es) e a flexibilização do procedimento. Embora ambas as características possam ser, de alguma forma, oferecidas pelo Poder Judiciário – por meio dos peritos e das negociações processuais<sup>198</sup> – é possível dizer que a realidade mostra difícil essa aplicação. Via de regra, a atuação do perito é limitada à entrega de laudos e inspeções judiciais por parte dos magistrados são previsões meramente formais, além de existir grande resistência à alteração dos procedimentos padrões de julgamento.

Por outro lado, as arbitragens, por sua própria natureza privada, tem como pressuposto a possibilidade de transação sobre o procedimento<sup>199</sup>. A adequação do procedimento às especificidades do caso concreto – o que é especialmente mais importante em se tratando de direitos transindividuais, conforme destacado no segundo capítulo – é uma realidade mais provável em se tratando de arbitragem do que se através da tentativa de tutela por meio do processo jurisdicional.

Além disso, a possibilidade de eleição de um julgador deve ser vista como fator muito positivo viabilizado pela técnica arbitral. Nunca se esperou dos juízes a compreensão dos temas a serem julgados fora do aspecto jurídico. Tanto é que em todos os Códigos de Processo Civil brasileiros sempre previam a figura dos peritos, responsáveis pelo esclarecimento do conhecimento técnico ou científico aplicável ao caso concreto.

Essa escolha do julgador também decorre da natureza privada do procedimento arbitral e pode se mostrar extremamente vantajosa pela possibilidade de escolha de árbitros especializados. Assim, a depender da matéria coletiva objeto da arbitragem, será possível eleger um julgador especializado no assunto, como por exemplo, no caso de discussão sobre indenização em matéria ambiental, a escolha de um engenheiro ambiental ou agrônomo para julgar o caso pode se mostrar muito vantajosa. No caso da via judicial, haveria apenas a possibilidade de participação desses sujeitos na qualidade de peritos, ou seja, não participariam diretamente na decisão do caso.

---

<sup>198</sup> A flexibilização foi importante tema quando da reforma do Código de Processo Civil. O objetivo dos juristas responsáveis pela alteração da norma processual era conferir coerência e resolver os problemas da normativa anterior. A nova norma, para eles “tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais<sup>7</sup> e muito menos complexo” (BRASIL, 2015, p. 25).

<sup>199</sup> Sobre a formalidade dos procedimentos estatais e arbitrais, resume Reuben (2006, p. 1275): “Arbitration and trial differ, however, in two important respects that have important implications for the confidentiality of arbitration communications evidence: the level of formality of the process and the public/private character of the process”.

Nesse sentido, outra vantagem decorre do fato de que os julgadores podem ser eleitos em números múltiplos, desde que ímpar, o que permitiria a atuação de especialistas na matéria específica bem como especialistas jurídicos, aumentando a possibilidade de deliberação aprofundada e, portanto, prolação de decisão mais adequada.

Em sentido similar, Bacal e Rodrigues (2018, p. 112), analisando a possibilidade de mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública concluem que a melhor opção para essas situações é que sejam conduzidas por um corpo de mediadores. Isso porque “se o instituto da co-mediação já costuma ser recomendável para conflitos mais complexos e que envolvam o domínio de mais de uma área de conhecimento (...), isso adquire maior importância nos conflitos coletivos que podem envolver múltiplas partes, questões diversificadas e de elevado grau de complexidade”.

Até esse momento, seria possível argumentar que naquelas comarcas ou seções judiciárias que possuem promotorias e varas especializadas para julgamento de ações coletivas, a possibilidade de julgamento por árbitro especializado não pesa tanto em favor da arbitragem no momento da escolha do método adequado para a solução do litígio.

No entanto, esse não parece ser a melhor interpretação da realidade jurídica nacional. Primeiro porque poucos são os foros especializados nesse tipo de procedimento<sup>200</sup>. Segundo, como ensina Roque (2014, p. 173), um dos mais importantes pontos vantajosos da especialização do árbitro se trata justamente da “possibilidade de um maior controle do julgador sobre a prova pericial, sua confiabilidade e a consistência de suas conclusões”. Isso se mostra ainda mais relevante a partir da realidade das perícias no Poder Judiciário que ora são excepcionalmente técnicas, dificultando a compreensão dos juristas, ora limitam-se a questionários e respostas a quesitos diretos, na tentativa de facilitar a interpretação pelas partes, perdendo, por vezes, a acurácia científica da matéria<sup>201</sup>.

Assim, especificamente nos casos em que apenas haverá análise de provas – ou seja, questões de fato – não discussão de direito, terá benefício a arbitragem, a partir da possibilidade de eleição de árbitros especialistas.

Nesse sentido, a pesquisa realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 20) também concluiu que “a possibilidade de êxito em tais ações [questões

---

<sup>200</sup> Um exemplo é a Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, Mato Grosso do Sul. Disponível em: < <https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=20416> >. Acesso em 26/09/2018.

<sup>201</sup> Identificou-se na pesquisa realizada pelo CNJ, (BRASIL, 2017 p. 16) que as “ações coletivas contemplam casos de diferentes temas, os quais mobilizam o conhecimento de áreas bastante específicas e distintas, como as normas que regem a política pública de saúde, educação, direito ambiental”. Como se vê, são áreas bastante divergentes, pelo que a utilização de especialistas no julgamento seria grande vantagem.

ambientais ou relacionadas à probidade administrativa] está muito atrelada à capacidade do autor de fazer provas técnicas e materiais”, mostrando mais uma vez a importância da especialidade do julgador.

A esse respeito, no que toca às críticas quando a atuação de pessoas não investidas de jurisdição na atividade jurisdicional, merece atenção o exposto no art. 17 da Lei nº 9.307/1996, quanto à responsabilização dos árbitros no desenvolvimento da atividade jurisdicional<sup>202</sup>. Ademais, nos casos extremos de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, configura-se hipótese de nulidade da sentença arbitral, pelo que existe filtros de proteção criados pela Lei da Arbitragem para garantir a idoneidade do julgador. Cappelletti (1991, p. 7), ciente dos limites da segurança do procedimento arbitral decorrente da atuação dos árbitros “sem as salvaguardas que são típicas dos juízes”, entende que há legitimidade e segurança no procedimento pois a sentença arbitral está sujeita “em última instância a um controle judicial seja somente limitado aos vícios mais graves; a grosso modo, de resto, como a sentença arbitral resta sempre sujeita a um controle por parte das cortes de justiça por graves razões de nulidade”.

Ainda, a possibilidade de eleição de árbitros especialistas auxilia na criação de um ambiente propício a dar mais importância à figura dos advogados visto que a sua participação e sua argumentação jurídica se tornam mais importantes.

Quanto à flexibilidade do procedimento, Ferreira (2018, p. 154) diz que “uma das vantagens universais ofertadas pela arbitragem é o procedimento pouco formalista, o que permite acelerar o desenvolvimento da instrução processual e criar um ambiente mais propício ao diálogo”.

Outra questão importante no que se refere à qualidade do procedimento arbitral coletivo diz respeito à sua representação. Como visto, enquanto não existem óbices por parte da doutrina quanto à arbitrabilidade subjetiva dos direitos difusos e coletivos<sup>203</sup> aplicando-se

---

<sup>202</sup> Merçon-Vargas (2012, p. 116): “Os árbitros, devidamente escolhidos de comum acordo pelas partes, são tão habilitados ou, mesmo mais habilitados a promoverem a tutela de direitos essencialmente coletivos quanto os juízes togados”. E Roque (2015, p. 121): “na verdade, a possibilidade de escolha dos árbitros pelas partes envolvidas pode conferir ainda maior legitimidade política a esses”.

<sup>203</sup> Sobre o assunto, Venturini (2016, p. 6-7) complementa: “fiscalização a respeito da manifestação de vontades dos titulares dos direitos considerados indisponíveis (diretamente ou por via de sistemas de adequada representatividade, como ocorre com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil por parte do Ministério Público), não apenas viabiliza como compele o Estado a submeter pretensões de restrição ou de vedação do pleno exercício dos direitos a concretos testes de ponderação (...). De igual forma, em um Estado no qual existam e funcionem estruturas institucionais democráticas e independentes (tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a imprensa, e as organizações sociais, dentre outras), bem como procedimentos de representatividade social que permitam a adequada manifestação da vontade dos cidadãos (tal como as audiências públicas), não parece razoável que o interesse público e os direitos difusos e coletivos sejam considerados inegociáveis ou intransacionáveis, pela mera e abstrata rotulagem da indisponibilidade”.

as regras do microsistema processual coletivo, a representatividade em matéria coletiva é tema que necessita de aprofundamento.

Enquanto em outros países a representação do grupo em juízo é uma área de intensa pesquisa<sup>204</sup>, no Brasil essa parece ser uma questão menos relevante, especialmente se comparada às recentes alterações legislativas que criaram institutos na tentativa de reduzir a litigiosidade, sem haver preocupação com a qualidade da representação. Como exemplo cita-se o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, o qual não menciona qualquer critério para a seleção do caso que será analisado para a fixação da tese. Assim, a aposta no Brasil se deu pela escolha de diferentes órgãos públicos para compor uma lista de legitimados, que em tese garantiria maior representação<sup>205</sup> e qualidade na defesa desses direitos.

Interessante notar, contudo, que Cappelletti (1991, p. 5) se manifestou contrário à essa lógica:

Tem-se cercado, antes de tudo estes interesses "coletivos" como interesses "público", e há que se ver, portanto, no Ministério Público o Attorney General ou Staatsanwalt ou Prokuratura, os seus representantes naturais. Mas esta solução, na maior parte dos países, se revelou insuficiente, quando não de todo inadequada. O Ministério Público é o representante natural em Juízo dos interesses públicos tradicionais - por exemplo, do interesse do Estado em perseguir a criminalidade. Mas os interesses "difusos" manejam usualmente interesses privados, de interesse coletivo e não meramente individuais; ainda mais, em se tratando de interesses que envolvam conhecimento sobre matéria ecológica, química, industrial, comercial, conhecimentos especializados, às vezes tecnológicos, que o Ministério Público raramente possui ou se pode procurar.

A criação de departamentos especializados, por sua vez, a exemplo do que ocorre em muitos órgãos ministeriais no Brasil, parece alternativa aceitável para o autor. Mas novamente conclui que “tem-se demonstrado que esta solução não é de todo adequada”, uma vez que há necessidade de criação e manutenção de novas entidades administrativas para esse fim, além de que “resta o fato de que nenhuma destas entidades refletem plenamente a

---

<sup>204</sup> A representatividade é questão de extrema importância em outros sistemas de justiça, como nos Estados Unidos: “Conforme bem se sabe, é típico da *class action* atribuir-se a um ou a poucos membros da classe - a qual pode abranger milhares, ou até milhões de pessoas - legitimidade para "representar" a classe inteira, desde que o tribunal o(s) reconheça como adequado(s) "representante(s)" de toda ela” (CAPPELLETTI, 1994, p. 3). No Brasil a temática não se mostra tão relevante, bastando a regulamentação através do rol de legitimados à propositura das ações coletivas.

<sup>205</sup> É o que parece sugerir também Antonio Gidi (2003, p. 2-4) quando elenca no seu Código Modelo de Processo Civil Coletivo os mesmos sujeitos já arrolados para propositura de ações coletivas. Note-se contudo, que o autor, no art. 2.2, propõe que “sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros”. Também prevê a possibilidade de “intervenção coletiva” (art. 6º), quando “Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2.º) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo”.

natureza, coletiva ainda que mais pura, sempre mais privativa, dos interesses difusos” (CAPPELLETTI, 1991, p. 5). Portanto, conclui:

Mais eficazes se têm demonstrado as soluções que fazem frente àquela que tem sido chamada, a "parte ideológica": associações privadas instituídas com a finalidade de tutelar determinados interesses difusos, associação de consumidores e de ambientalistas, lei pela luta contra o racismo, pela tutela dos direitos dos anciãos, dos deficientes, etc. - ou dos indivíduos privados mas reconhecidos como "adequados representantes" (CAPPELLETTI, 1991, p. 5).

O que chama a atenção, é portanto a prevalência do papel da sociedade privada na resolução de demandas coletivas.

Dito isso, importante salientar que os defensores do uso de *alternative dispute resolutions* estão cientes da preocupação quanto ao riscos da desigualdade entre as partes (PEDROSO, 2003, p. 79). Nesse ponto a arbitragem pode ser vantajosa se comparada aos métodos autocompositivos na tutela de direitos coletivos<sup>206</sup>. Isso porque enquanto na conciliação pré-processual, termo de ajustamento de conduta e afins, não há controle do Judiciário, o procedimento arbitral, além de garantir contraditório, exige-se a estrita observância da lei<sup>207</sup>, bem como a necessária aplicação das normas legais, o que permite maior controle jurídico sobre as decisões.

No caso do Brasil há ainda a previsão no microssistema processual coletivo de intervenção do Ministério Público enquanto fiscal da lei no caso da sua não participação na qualidade de parte (art. 5º, § 1º, Lei da Ação Civil Pública).

A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 19) demonstrou a importância atribuída à atuação do Ministério Público, dentre os entes legitimados à propositura de ação coletiva, na tutela de direitos transindividuais. Não apenas há previsão constitucional de ter a instituição objetivo de tutelar por esses interesses, mas a prática demonstrou a aptidão do órgão para essa tutela, seja judicialmente seja fora do âmbito do judiciário. Assim, não sendo a atuação do órgão ministerial restrita ao âmbito judiciário, sendo recorrente a sua atuação enquanto negociador na tutela coletiva – vide crescimento da

<sup>206</sup> A preocupação com proteção do mais forte sobre o mais fraco foi também tema de debate quando da discussão da constitucionalidade da arbitragem na SE nº 5.206-7-Espanha (2001, p. 38). Nesse sentido, restou acordado pelos ministros não haver nesse quesito critério que impossibilitasse a declaração de constitucionalidade e de aplicabilidade da nova legislação arbitral.

<sup>207</sup> Importante destacar que a lei sempre atuará como limite à atuação das partes e dos terceiros que atuam como mediadores, conciliadores, árbitros e juízes. Assim, Campos, et al (2018, p. 349), conceituam Métodos Alternativos de Resolução de Conflito como “los mecanismos o procedimientos reconocidos por la legislación nacional a través de los cuales, todos los particulares que se encuentren inmersos en una controversia, de forma completamente voluntaria y siempre dentro del marco de la ley, buscan resolverla sin necesidad de someterse a los formalismos ni a los tiempos de los procedimientos jurisdiccionales, atendiendo al principio de confidencialidad de lo expuesto en dicho procedimiento, y con aras a alcanzar una justicia restaurativa que promueva la cultura de la paz y la recomposición social”. Note-se o destaque para o marco legal e o reconhecimentos dos diferentes mecanismos nos ordenamentos jurídicos.

utilização dos compromissos de ajustamento de conduta – benéfico seria a sua participação enquanto fiscal da lei<sup>208-209</sup>.

Dessa forma, como forma a garantir a eficiência, segurança e a publicidade dos atos jurídicos realizados na arbitragem, defende-se a possibilidade de atuação do Ministério Público no procedimento arbitral enquanto *custos legis*. Essa é mais uma normativa do microsistema processual coletivo que auxilia na proteção dos direitos coletivos e permite, por consequência, a defesa do instituto arbitral enquanto mecanismo apto a tutelar a ordem jurídica coletiva.

Bacal e Rodrigues (2018, p. 121) sustentam tese semelhante. Para os autores, no caso de instauração de procedimento de mediação de conflitos de natureza coletiva, “caberá ao *Parquet* fiscalizar o cumprimento do interesse público e verificar se o direito coletivo em questão pode de alguma forma ser prejudicado”, participando de todas as etapas.

Após todas essas considerações sobre a adequação da técnica arbitral possível compreender os benefícios gerados a partir da escolha desse método. Nesse sentido, Bacellar (2012, p. 140), falando das vantagens da utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, se posicionou no sentido de que “não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público”<sup>210</sup>.

Diante de todo o exposto, restam apenas algumas considerações quanto ao procedimento arbitral e meios de garantir lisura procedimental e segurança às arbitragens coletivas segundo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>208</sup> Essa parece ter sido a solução encontrada no caso das Arbitragens de consumo na Espanha, onde “o tratamento igualitário por seu turno, é assegurado com a participação de representantes dos fornecedores e consumidores” (ZULIANI, 2006, p. 4). Sobre a possibilidade de intervenção de terceiros, Martins (2012, p. 9) assevera que “o acolhimento do pedido de intervenção espontânea milita em favor do terceiro dado os efeitos ultra partes da decisão arbitral”, aplicando-se essa mesma lógica, no presente trabalho, para o caso de atuação do Ministério Público.

<sup>209</sup> Menezes (2007, p. 2) cita a possibilidade, já concretizada na prática estrangeira, de participação de terceiro não contratado através do compromisso arbitral. Algumas organizações não governamentais e instituições acadêmicas já foram aceitas em procedimentos arbitrais na qualidade de *amicus curiae* por demonstrar interesse público na causa. “De fato, o *amicus curiae* tem desempenhado, desde há muito, um importante papel como fonte adicional de informações técnicas-jurídicas para os julgadores em geral. Constituem um auxílio, em caráter excepcional, para que questões de fato e/ou técnicas sejam esclarecidas e para que, em última análise, sentenças arbitrais sejam proferidas da forma mais fundamentada e completa possível”.

<sup>210</sup> Em igual sentido, Venturini (2016, p. 7-8): “Não seria mais adequado, legítimo e democrático que tais conflitos passassem a ser cada vez mais suscetíveis a francas negociações que, para além de necessariamente envolverem o Ministério Público, a Advocacia Pública, as demais entidades colegitimadas para a proteção dos interesses ou direitos em disputa e até mesmo diretamente a população envolvida, ainda contaria sempre com a supervisão do Poder Judiciário? (...) É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização”.

### 4.3 PROCEDIMENTO ARBITRAL PARA A TUTELA COLETIVA

Após as abordagens sobre o cabimento e a adequação da técnica arbitral para a tutela de direitos coletivos, é possível analisar algumas especificidades do procedimento da arbitragem, examinando a sua compatibilidade com as normas da tutela coletiva.

#### 4.3.1 Instauração da arbitragem

A instauração da arbitragem depende da assinatura de convenção arbitral, que pode se dar na forma de cláusula compromissória ou através do compromisso arbitral, conforme visto no capítulo anterior.

No caso das arbitragens coletivas, ao que parece, o melhor caminho para a sua efetivação se daria através dos compromissos arbitrais<sup>211</sup>, regulamentando-se o procedimento de forma a garantir melhor legitimidade para a atuação das partes e árbitros. Isso porque, em um momento inicial de utilização da técnica, visto que não existem precedentes da sua utilização no Brasil, o emprego de cláusulas compromissórias poderia levantar questionamentos – indevidos, segundo o que foi apresentado no presente trabalho – sobre a legitimidade do pacto, em decorrência da cultura demandista e tradicional. Outrossim, muitos são os casos envolvendo litígios coletivos em que não há contratação prévia entre as partes, pelo que só seria possível, de fato, a instauração do procedimento arbitral após a instalação da situação litigiosa.

Além disso, ainda que heterocompositiva, a arbitragem – em especial aquela iniciada via compromisso arbitral – demonstra diretamente a tentativa das partes de solucionar o conflito, ou seja, muito mais relacionada à busca da jurisdição pela pacificação, escopo jurisdicional que justifica a atuação do terceiro imparcial.

Nesse sentido, cita-se a hipótese constante no art. 17 da Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que permite a celebração de convenções processuais “de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos” no âmbito do termo de ajustamento de conduta.

---

<sup>211</sup> Assim também entende Silva (2018, p. 7), para os casos de submissão de matéria trabalhistas ao procedimento arbitral. Segundo o autor: “De fato, o compromisso mostra-se como técnica mais adequada do ponto de vista da liberdade, pois é assinado após o encerramento do vínculo de emprego, e tendo em foco um litígio já especificado – o ambiente é mais propício para que o acordo seja pautado num consenso efetivo entre as partes, como é a regra na arbitragem”.

Com relação a essa hipótese, Cabral (2015, p. 204-205) defende a ideia de fortalecimento da atuação do Ministério Público em termos de ajustamento de conduta de forma que, através de convenções processuais “de maneira a flexibilizar o procedimento e imprimir eficiência à implementação dos direitos coletivos”. Defende-se a ideia de que essa atuação poderia ser também voltada a formação de compromisso.

No entanto, ao que parece, a aceitação daquele que será a parte demandada da arbitragem de direito transindividual a um procedimento mais célere pode se mostrar um empecilho ao desenvolvimento das arbitragens coletivas, visto ser possível imaginar um cenário em que haveria desinteresse da parte em uma rápida solução com a consequente preferência em um Judiciário moroso, conforme também estabelecido no tópico anterior. Por esta lado, a inclusão da cláusula de arbitragem em contratos públicos se mostraria vantajosa para a promoção do método para a tutela de direitos coletivos, em um momento inicial, em situações envolvendo contratação entre as partes.

Embora não se trate de um limite legal, uma vez permitido aos legitimados coletivos elegerem o melhor método para a tutela do direito metaindividual em litígio, incluindo a convenção arbitral, a instauração do procedimento arbitral pode ser, por si só, o limite do desenvolvimento do método no Brasil. A cultura demandista, aliada às características da *civil law* e a necessidade de validação e regulamentação normativa fazem com que a arbitragem coletiva tenha mais chances de ser concretizada a partir de uma normatização específica, seja com a modificação da lei de arbitragem, seja com criação de nova norma específica sobre a arbitragem coletiva<sup>212</sup>.

Ressalta-se novamente que a atuação dos órgãos legitimados, em especial a do Ministério Público, enquanto importante figura atuante na tutela dos direitos transindividuais, pode contribuir para a concretização das arbitragens coletivas no país.

A competência dos legitimados para representação da coletividade, ademais, torna possível a instauração do procedimento sem necessidade de consentimento expresso de todos

---

<sup>212</sup> No caso dos exemplos estrangeiros de arbitragem de direitos coletivos tem-se as *Class Arbitrations* americanas e canadenses que foram concretizadas a partir da atuação dos tribunais. Roque (2014, p. 22) diz que “a arbitragem coletiva no direito estadunidense (*classwide arbitration*) surgiu na esfera cível como um indesejado efeito colateral de manobras de grandes empresas para fugir da propositura de ações coletivas (*class actions*) de larga escala”. No Canadá “tribunal situado na província de Ontário, no ano de 2002, antes mesmo dos precedentes relatados na Suprema Corte dos Estados Unidos, já teve a oportunidade de considerar válida uma convenção de arbitragem que continha renúncia ao processamento coletivo de demandas, em circunstâncias bem semelhantes aos precedentes que protagonizaram o desenvolvimento da arbitragem coletiva no direito norte-americano” (ROQUE, 2014, p. 36-37). No caso espanhol, como já retratado, as arbitragens coletivas decorreram diretamente da regulamentação legal do tema. Acredita-se que no Brasil, especialmente diante de regras que limitam as cláusulas compromissórias (art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem e art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo) as arbitragens coletivas só se tornariam realizáveis a partir da regulamentação específica em lei ou através de compromisso arbitral.

os membros do grupo. Nesse sentido, Roque (2014, p. 126/138) expõe que “nem sempre será exigível a manifestação de vontade expressa, concreta e inequívoca (líquida e certa) como requisito para que alguém se vincule à convenção de arbitragem” e, sendo essa “uma premissa fundamental para que se avalie a viabilidade de instauração de procedimento arbitral de direitos que dizem respeito a uma coletividade”<sup>213</sup>, tem-se no Brasil importantes regras de representação facilitadoras da procedimentalização da arbitragem de direitos transindividuais. É característica própria dos direitos tipicamente coletivos a impossibilidade – ou extrema dificuldade – de representação individual. Impor a necessidade de manifestação expressa de vontade para representação por ente legitimado, sendo que não há similar exigência para postular em juízo, é incoerente e não dialoga com o melhor interesse da coletividade e a proteção dos interesses coletivos, visto que limita a possibilidade de buscar uma tutela mais adequada.

Superada a questão relativa ao meio de instauração de arbitragem, cabível alguns comentários quanto à possibilidade de instauração de arbitragem *ad hoc*. Estudou-se nesse trabalho com algumas informações referente à arbitragem institucional, sendo essa a preferência de Roque (2014, p. 197-200) para tratamento de direitos coletivos, por supostamente facilitar a sua procedimentalização, diminuir custos e a responsabilidade no árbitro.

Além disso, Greco (2018, p. 5) ressalta a importância de “instituições arbitrais sólidas e bem estruturadas” como requisito de um “bom sistema arbitral”, pelo que a experiência estrangeira demonstra a força desse critério como propulsor da confiabilidade nos procedimentos arbitrais.

Embora os argumentos sejam bons, ressalva-se a possibilidade de instauração de arbitragem *ad hoc*. Em primeiro lugar porque não existe impedimento legal para a sua instalação, ainda que envolvidos direitos transindividuais. Segundo pois conforme tratado amplamente nesse trabalho, uma das principais premissas autorizadoras da procedimentalização de processo arbitral coletivo é a existência de inúmeras vantagens em comparação ao processo judicial. Sendo assim, ao que parece, em se tratando de escolha por procedimento arbitral institucional ou *ad hoc*, a melhor opção seria aquela tomada com base no caso concreto. Apesar de fundada em subjetividade, a análise fática parece, nesse caso, ser a que melhor responde à necessidade de tutela adequada de direitos transindividuais através

---

<sup>213</sup> Em sistemas estrangeiros “para que a vinculação por representação dos ausentes não implique violação ao devido processo legal, afigura-se indispensável que o representante defenda de forma justa e adequada os interesses da coletividade” (ROQUE, 2014 p. 140) A questão do consentimento dos membros do grupo foi um dos principais pontos de debate das cortes americanas e canadenses (NERY, 2016, p. 200).

da arbitragem. Dentre os fatores a serem levados em consideração, por exemplo, é a existência de árbitros especializados na matéria e vinculados à instituição arbitral. Caso a resposta seja negativa, talvez seja melhor optar pelo estabelecimento de arbitragem *ad hoc*.

Por fim, também merece aprofundamento é a questão do sigilo do procedimento arbitral. O primeiro fato que precisa ser mencionado é que, embora seja comum mencionar que a confidencialidade é uma das vantagens arbitragem, é preciso notar que essa não é a regra ou uma imposição legal<sup>214</sup>. Assim, Reuben (2006, p. 1281) conclui que a “*confidentiality is not an essential characteristic of arbitration in that a rule of evidentiary exclusion is not necessary to the functioning of arbitration as an adversarial process*”<sup>215</sup>. Significa dizer que a Lei de Arbitragem não prevê a obrigatoriedade de sigilo, pelo que se presume que seus atos praticados no procedimento arbitral sejam públicos<sup>216-217</sup>. Contudo, como é possível que tais procedimentos possam ser alterados pela vontade das partes, é possível que seja estipulada cláusula de confidencialidade. Essa cláusula, no entanto, não pode ser aceita no procedimento arbitral coletivo<sup>218</sup>. Isso porque “o controle social sobre a atividade jurisdicional tem apresentado relevância cada vez mais fundamental para assegurar verdadeira independência nas decisões judiciais” (ROQUE, 2014, p. 124).

Novamente destaca-se que esse entendimento tem amparo constitucional, pela leitura dos dispositivos da Constituição Federal, a norma só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim, a publicidade dos atos processuais é tida como elemento essencial das arbitragens coletivas, justamente por ser de interesse social que seja efetivada ampla divulgação do procedimento e julgamento. Além disso, recente alteração na Lei da Arbitragem exigiu que nos casos de participação da Administração Pública no procedimento arbitral, não será possível estipulação

---

<sup>214</sup> Em sentido contrário posicionam-se Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2012, p. 6), para quem “a privacidade é conceito inerente à arbitragem, razão pela qual incide implicitamente em qualquer processo arbitral, salvo disposição expressa em sentido contrário das partes ou da lei aplicável à arbitragem”. Embora se discorde desse posicionamento, em atenção à expressa disposição legal, é preciso reconhecer que a matéria não é pacífica na doutrina.

<sup>215</sup> Tradução do autor: a confidencialidade não é uma característica essencial da arbitragem, na medida em que uma regra de exclusão probatória não é necessária ao funcionamento da arbitragem como um processo adversarial.

<sup>216</sup> “Like mediation, arbitration is often promoted as a ‘private’ or ‘confidential’ process, raising some moral and perhaps ethical obligations on the part of the profession to be candid with consumers as to the meaning and limitations of arbitration confidentiality” (REUBEN, 2006, p. 1256)

<sup>217</sup> É o que se depreende também da leitura do art. 189, inciso IV do Código de Processo Civil, para quem a publicidade restrita do procedimento arbitral depende de demonstração da pactuação de cláusula de confidencialidade.

<sup>218</sup> Note-se que, ao contrário do que prevê a Lei de Arbitragem, a Lei da Mediação previu expressamente o princípio da confidencialidade, conforme visto no capítulo 3. Não obstante, autores defendem a possibilidade de mediação de conflitos envolvendo Administração Pública e direitos transindividuais, como Pinho (2017, p. 236) e Roque (2014, p. 157-158).

de regra sobre sigilo (art. 2º, § 3º). Isso porque, o interesse público em jogo exige o controle da gestão dos bens pelos seus titulares (MUNIZ, 2018, p. 94).

Essa análise permite que se defenda a ideia de que, no caso de instauração de procedimento arbitral visando a tutela de direitos transindividuais, os atos deverão ser públicos. É possível, contudo, existirem situações em que será possível a decretação de sigilo<sup>219</sup>. Não obstante, mesmo diante dessas hipóteses, verifica-se uma tendência de que “mesmo nos litígios de natureza bilateral, a confidencialidade da arbitragem vem sendo relevada em algumas hipóteses”, justamente pelo crescente interesse público no controle das informações produzidas nos processos, como cita Mariani (2015, p. 154-155). Considerando que os procedimentos negociais prévios a assinatura dos Termos de Ajustamento de Conduta não são passíveis de controle, tradicionalmente feitos somente pelas partes, semelhante ao que acontece nos procedimentos sigilosos, tem-se que a não há prejuízo ou impedimento da instauração de procedimento arbitral por conta da possibilidade de confidencialidade do procedimento.

Por fim, questão interessante deve ser observado em relação ao julgamento arbitral por lei ou por equidade. A Lei de Arbitragem prevê expressamente que, nos casos envolvendo a Administração Pública, haverá necessariamente julgamento de direito. Entende-se razoável que, por aplicação analógica, dado o caráter público-privado dos direitos transindividuais, pela necessidade de aplicação das regras do microssistema processual coletivo para a sua concretização, que no caso de arbitragem de direitos coletivos também só fosse possível se de direito, não havendo espaço para a equidade.

Mas há divergência doutrinária nesse aspecto. Assim, para Ferreira “em um país onde foi promulgada há pouco uma lei de mediação dedicando um capítulo a autocomposição envolvendo ente público, não nos parece lógico que em matéria de arbitragem (...) não seja possível algum espaço para equidade”.

Isso demonstra a inconsistência da legislação nacional no que se refere ao regulamento de direitos metaindividuais e sobre a tutela de direitos através de *alternative dispute resolution*.

---

<sup>219</sup> “Não há razão para aplicar-se à hipótese critério diverso do previsto na primeira hipótese de tramitação de processos judiciais em segredo de justiça” (MERÇON-VARGAS, 2012, p. 167). Assim, “cabera ao tribunal arbitram, sempre tendo em mente que a presunção é de ampla publicidade, mitigar a regra em casos mais específicos” (MARIANI, 2015, p. 154-155).

Defende-se nesse trabalho, contudo, que as arbitragens envolvendo direitos transindividuais no Brasil só possam ser realizadas na modalidade legal<sup>220</sup>, devendo o árbitro, inclusive “aplicar o ordenamento jurídico em sua plenitude, considerando inclusive os precedentes e orientações jurisprudenciais, decisões-quadro etc. que são postas. Quem recorre à arbitragem de direito almeja segurança e previsibilidade”<sup>221</sup> (TALAMINI, 2018, p. 1-2). Em sentido similar, Georges Abboud (2012, p. 7-8) diz que “atividade arbitral, não obstante sua natureza privada, não pode ficar alheia às decisões oriundas dos tribunais superiores e da própria súmula vinculante”. Essa ideia, decorrente da concepção do direito como integridade, além de motivar a necessidade de fundamentação das decisões, aproxima a arbitragem dos tribunais, tornando o sistema mais favorável às arbitragens coletivas.

#### 4.3.2 Sentença arbitral e coisa julgada

A sentença arbitral se equipara a sentença judicial<sup>222-223-224</sup>. Desde a modificação introduzida pela Lei de Arbitragem, dispensando a homologação judicial da sentença arbitral, aproximou-se o provimento resultado da arbitragem daquele feito através do processo estatal. Isso garante segurança jurídica no procedimento, pelo que, no caso de procedimentalização de arbitragem envolvendo direitos transindividuais, estaria resguardada a garantia do procedimento. Além disso, o fato de não existir duplo grau de jurisdição arbitral não impede que as partes criem procedimento específico para o caso concreto com a possibilidade de revisão da sentença arbitral. Contudo, isso implicará, logicamente, no aumento de gastos, bem como retardará o desfecho final.

<sup>220</sup> Leonardo Greco (2018, p. 3) diz que “A arbitragem, apesar de sua origem contratual, não altera o sistema jurídico adotado por cada Estado soberano. Ao contrário, nele se insere. As fontes de direito na arbitragem são as do respectivo sistema jurídico, que confere à decisão arbitral a mesma força da decisão judicial estatal. Assim é no Brasil. Se o Estado brasileiro quisesse conferir à arbitragem ampla autonomia em relação ao ordenamento jurídico, preconizaria um outro modelo de arbitragem, como a arbitragem irritual italiana, cujo resultado é a de um ato meramente contratual, sem a força da coisa julgada estatal (...). Ou seja, a convenção de arbitragem não pode criar o seu próprio sistema normativo. Se o fizer, será nula a convenção de arbitragem (art. 32, inc. I).”

<sup>221</sup> Greco (2018, p. 14) defende a mesma ideia: “O árbitro, como o juiz estatal, tem o dever de seguir o precedente no caso de precedente obrigatório (ADIN, ADC e súmula vinculante)”.

<sup>222</sup> Assim, Maciel (2006, p. 2): “a sentença arbitral, desde que notificada às partes, produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal”. É o que se extrai também da leitura do art. 31 da Lei nº 9.307/1996, pelo que se tem clara a intenção da legislação nesse quesito.

<sup>223</sup> Cabe ainda ressaltar que existe a possibilidade de autocomposição no seio do procedimento arbitral, conforme prevê o art. 28 da Lei nº 9.307/1996.

<sup>224</sup> Marinoni (2018, p. 111) defende a amplitude da coisa julgada arbitral e destaca que “a coisa julgada sobre questão é opção do legislador, destinada especialmente a evitar a reprodução de discussão de questão já decidida. Desse modo, não há como pensar que a questão prejudicial decidida no processo arbitral possa ser livremente rediscutida e redecidida no processo Judiciário, já que isso não apenas seria contraditório com o art. 503 do Código de Processo Civil, como também negaria os valores constitucionais que essa norma processual tutelou”.

Admite-se, assim, que a sentença arbitral garante segurança ao procedimento de arbitragem coletiva, porque assegura a efetividade do procedimento de maneira similar ao processo judicial. Sobre o assunto, Marinoni (2018, p. 112-113) diz que, tendo o ordenamento jurídico incorporado a arbitragem como método adequado de resolução de conflitos, “a contradição entre a decisão do árbitro e a do juiz é tão prejudicial à coerência do direito e à segurança jurídica quanto as decisões judiciais que decidem uma mesma questão de maneira distinta”. Por esta razão, a sentença arbitral “porque proferida em um sistema ancorado no direito, goza de tanta autoridade quanto a sentença do juiz, de modo que ninguém que vai à arbitragem pode supor que as questões decididas pelo árbitro podem ser negadas ou livremente rediscutidas”.

Deve ser discutida, contudo, a aplicação das regras da coisa julgada coletiva no caso de instauração de arbitragem envolvendo direitos transindividuais. A coisa julgada coletiva ultrapassa às partes que atuaram no processo e atinge toda a coletividade. Dito isso, tem-se que, no caso de arbitragem coletiva, a sentença arbitral também teria efeitos *erga omnes*.

Para Roque (2014, p. 142), “as questões atinentes à legitimação coletiva, ao sistema de vinculação dos indivíduos ao resultado da ação coletiva e ao regime jurídico da coisa julgada consistem em matérias de ordem pública, que resvalam em garantias constitucionais”. Exatamente por este motivo não é permitido às partes a criar um novo modelo de tutela coletiva pela via arbitral. Ademais, novamente explica-se: se não fosse assim, não teria motivo ou justificava para a utilização da técnica coletiva, pelo que se perderia a celeridade e efetividade das medidas coletivas, justamente os objetivos da disciplina.

Além disso, não é possível que o ordenamento jurídico exija, no caso de procedimento arbitral, que o legitimado requeira a permissão de todos os substituídos/representados, se não existe norma semelhante para o processo judicial.

Outrossim, “o sistema de vinculação e coisa julgada previsto na legislação brasileira, abstraindo-se sua ineficiência para os direitos individuais homogêneos, longe de representar obstáculo à arbitragem de direitos coletivos, acaba por facilitá-la” (ROQUE, 2014, p. 145). Isso porque a coisa julgada coletiva no Brasil privilegia os interesses da classe. Assim, no caso de julgamento de procedência do procedimento arbitral, todos os beneficiários, mesmo os que não tenham sido requeridos a participar, se aproveitam do resultado. No caso de improcedência, haverá possibilidade de ingresso de nova demanda, seja perante Judiciário, seja perante juízo arbitral. Em sentido similar, tem-se que a propositura da

ação coletiva interrompe o prazo prescricional, beneficiando os titulares do direito substituídos no processo, uma vez que a ideia do regramento coletivo é justamente o tratamento isonômico e a evitar a multiplicação de demandas<sup>225</sup> (SOBRAL; CAMPOS; TRAZZI; ZANETI JR.; LINO, 2018, p. 8). No caso das arbitragens coletivas, não haveria prejuízos aos indivíduos isoladamente considerados, pelo que não há prejuízo pela adoção do procedimento arbitral coletivo.

Apenas no caso do art. 104, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em que houve opção expressa da parte de manter ação individual e não se submeter ao procedimento coletivo não há extensão dos efeitos da sentença. Tendo a parte manifestado interesse expresso nesse sentido, não há prejuízo pela utilização da ação coletiva arbitral.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (PROJETO HORIZONTES DO CONHECIMENTO, 2018, informação verbal), em palestra sob a aplicabilidade dos precedentes no procedimento arbitral no evento da 45ª reunião no Projeto Horizontes do Conhecimento realizado no dia 11 de maio de 2018 no Plenário Ministro Pedro Soares Muñoz, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul levantou interessante argumento quanto a possibilidade de revisão da sentença arbitral pelo Judiciário. Segundo o ministro não parece lógico que a lei tenha previsto a impossibilidade de validação e incorporação de sentença estrangeira que contrarie a ordem pública (art. 39) e não tenha feito essa mesma previsão no caso de nulidades das sentenças proferidas no Brasil (art. 32). Sob esse tema, então comentou: i) possibilidade de acrescentar ao artigo 32 os casos de julgamento contrários à ordem pública, abrindo caminho para a ação de anulação da sentença arbitral nestas hipóteses; ii) possibilidade de fixação de interpretação no sentido de que as situações previstas no art. 39 são aplicáveis também ao art. 32, uma vez que a ordem pública é elemento essencial à formação da convenção arbitral, nos termos do art. 2º, § 1º; iii) no caso das hipóteses dos itens “i” e “ii”, ter-se-ia configurada situação de enfraquecimento do instituto arbitral, mas certo fortalecimento ou preferência pela manutenção da ordem pública.

A temática é complexa e merece estudo próprio. Contudo, o que se observa é a tentativa doutrinária e até mesmo do Poder Judiciário de conferir segurança à sentença arbitral, por entender a importância do instituto para a política pública de prestação jurisdicional no Brasil.

---

<sup>225</sup> Sobre a confiabilidade das partes nas negociações, dizem os autores: “Constitui *venire contra factum proprium*<sup>225</sup> e quebra da boa-fé objetiva exigida na autocomposição sentar à mesa de negociação e depois de um determinado período alegar a prescrição para deixar de cumprir com as suas obrigações”. Ademais, em algumas situações, ter-se-á a aplicação de outras regras, como: “O microsistema da autocomposição, em específico o art.17, parágrafo único da Lei 13.140/2015, afirma que *‘enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional’*” (SOBRAL; CAMPOS; TRAZZI; ZANETI JR.; LINO, 2018, p. 12).

### 4.3.3 Liquidação e cumprimento da sentença arbitral

Via de regra, os árbitros não têm poder de executar suas próprias sentenças. No caso de descumprimento da sentença arbitral, a execução da determinação do árbitro depende da execução em juízo enquanto título executivo judicial (art. 515, VII, do Código de Processo Civil).

Essa realidade das arbitragens individuais é, com toda certeza, apenas elemento a reforçar a confiabilidade nos procedimentos arbitrais. Percebe-se, assim, que a normativa processual nacional caminha no sentido de estimular o uso de mecanismos alternativos, garantido, pelo próprio Poder Judiciário, a eficácia dessas decisões.

Percebe-se, ademais, que muitos casos de ações coletivas têm como objetivo do processo a obtenção de sentença genérica. Já “o *cui debeat* (quem é o titular do direito) e o *quantum debeat* (qual é a prestação a que especificamente faz jus) – devem ser objeto de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase)” (SOBRAL; CAMPOS; TRAZZI; ZANETI JR.; LINO, 2018, p. 5). Significa que a fase liquidação e cumprimento da sentença coletiva pode ser elemento favorável a aplicação das regras de arbitragem à tutela de direitos transindividuais, pois permitem uma célere resposta do árbitro aliada a atividade satisfativa a ser realizada pelo Poder Judiciário. Ou seja, aplicando-se as regras do microsistema processual coletivo nesta fase da arbitragem, ter-se-ia uma atividade jurisdicional mais célere e especializada, cabendo o judiciário a aplicação e efetivação dos direitos.

Embora sejam muitas as vantagens criadas pela utilização da arbitragem na tutela de direitos coletivos, existem também elementos que vão de encontro a esse posicionamento. Assim, a retirada dos julgamentos envolvendo direitos coletivos *lato sensu* do Judiciário pode gerar uma perda do caráter educativo das sentenças, uma vez que não sendo objeto de análise dos tribunais, não será possível a formação de precedentes. Além disso, perde-se o diálogo que torna possível a construção democrática do espaço público, uma vez que a participação e a publicidade dos atos nos procedimentos privados, como a arbitragem, tende a ser menor.

Nesse sentido, Mendes (2018, p. 218-220) destaca o papel do Estado enquanto agente capaz de propiciar ambiente de negociação voltado à obtenção de consenso entre as partes. Respeitando-se os limites da legalidade, substituem-se modernamente os mecanismos de imposição por mecanismos de consenso mesmo no âmbito do direito administrativo. O Estado demonstra, assim, estar muito mais propenso à salvaguardar o interesse público exercendo função de interlocutor “mais do que a de detentor do poder de império”.

Para Rehbein (2017, p. 7):

Ao retirar do Poder Judiciário a possibilidade de julgamento dos conflitos massificados, reduz-se consideravelmente a possibilidade de alteração da realidade social. Nos mais de vinte e cinco anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, o Poder Judiciário consolidou de forma progressiva diversos entendimentos favoráveis ao consumidor, induzindo mudanças no comportamento dos fornecedores e promovendo inquestionáveis progressos nas relações de consumo.

A formação de precedente, assim, é importante figura na prevenção de litígios, uma vez que coíbe a realização de comportamentos já reprimidos pelo Poder Judiciário, auxiliando na redução da litigiosidade. Em tese.

No entanto o cumprimento da sentença arbitral, mesmo que não tenha formado precedente judicial, visa garantir a efetividade do próprio direito material. Parece, assim, que para a realidade conflituosa e de negação de direitos básicos no Brasil atual, é preciso privilegiar a efetivação dos provimentos jurisdicionais em detrimento do seu potencial e se tornar matéria base para análise de casos futuros.

Quanto a fase de liquidação, não restam dúvidas acerca das vantagens da arbitragem para a tutela dos direitos coletivos. Em primeiro lugar pois a celeridade é ainda mais significativa quando se trata da fase de liquidação do processo, e nisso já se estabeleceu a preferência do método arbitral. Mas a flexibilização também traz vantagens: em oposição à lógica e prática engessada do Poder Judiciário, a arbitragem está por natureza predisposta à resolução dos conflitos conforme contratado. Interessante notar, nesse ponto, a opção disponibilizada ao juiz da ação coletiva, segundo o art. 26.2 do modelo de Código de Processo Civil Coletivo de Gidi (2003, p. 9), de nomeação de um ou mais árbitros para promoverem à análise dos “casos duvidosos” na fase de cálculos dos danos individuais dos membros do grupo.

Analisando todas essas vantagens e desvantagens, tem-se como um dos principais obstáculos para a concretização das arbitragens coletivas a barreira cultural. Embora a arbitragem tenha crescido no Brasil nos últimos anos, até mesmo em grandes centros como Porto Alegre a diferença do número de processos judiciais e processos arbitrais é colossal.

A arbitragem é um método de resolução de conflitos constitucionalmente prevista, regulamentada por lei específica, recentemente alterada para possibilitar a expansão da técnica. Posicionamentos conservadores devem ser lido com ressalvas, uma vez que não acompanham a mudança de paradigma do sistema de justiça nacional. “Like any alternative dispute resolution process, arbitration does not stand apart from the law, and when the two

come into contact, wise policy requires a careful balancing of the needs, interests, and concerns of both institutions”<sup>226</sup> (REUBEN, 2006, p. 1300).

Ministros do Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram quanto ao papel do Judiciário no desenvolvimento da arbitragem no país<sup>227</sup>. Embora existam barreiras culturais a serem ultrapassadas para que a arbitragem de direitos coletivos seja possível, é imperioso que se destaque a segurança desse método de resolução de conflitos.

---

<sup>226</sup> Tradução do autor: como qualquer outro meio alternativos de resolução de disputas, a arbitragem não se distancia da lei e, quando as duas entram em contato, uma política sensata requer um equilíbrio cuidadoso das necessidades, interesses e preocupações de ambas as instituições.

<sup>227</sup> Para Ministra Nancy Andrighi (2017): “A participação do Poder Judiciário brasileiro no incentivo ao uso da arbitragem foi decisivo (...) Todavia, para que os jurisdicionados abdicuem da jurisdição judicial e confiem em outros meios de solução de controvérsias, é preciso que haja segurança e previsibilidade. Significa dizer, portanto, que livremente escolhida pelas partes a arbitragem, caberá ao Poder Judiciário recuar e apenas zelar pela máxima preservação da autonomia da vontade das partes”.

## 5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro não impede a resolução de conflitos envolvendo direitos transindividuais por meio do método da arbitragem. A possibilidade de arbitramento de situações jurídicas coletivas decorre da adoção de algumas proposições.

Conforme se verificou no segundo capítulo, as características específicas dos direitos coletivos exigem adaptações nas regras do processo civil clássico, vinculado a ideologias individuais, culminando nas particularidades do processo coletivo, como por exemplo, regramento diferenciado quanto à legitimação e coisa julgada. Essas regras foram desenvolvidas em atenção à necessidade de melhor tratamento jurídico a então nova categoria dos direitos transindividuais. Dentre as características dos direitos coletivos *lato sensu*, aquela que apresenta maior dificuldade de conceituação é a sua – suposta – indisponibilidade. Embora esse atributo não decorra de texto expresso da lei é recorrentemente citado pela doutrina, se haver, contudo, uniformidade na sua concepção.

Considerando os diferentes instrumentos aptos à tutela coletiva no país, é possível verificar a amplitude conferida a diferentes agentes para atuar nesses processos, como é o caso dos legitimados para as ações coletivas ou dos arrolados como parte legítima para propor ações de controle de constitucionalidade. Dentre figuras públicas e privadas, a legislação atribuiu a competência para tutela de direitos transindividuais a um expressivo número de sujeitos, facilitando, nesse quesito, a sua tutela. Por outro lado, o regramento dos casos repetitivos é distinto de ambos, e enquanto instrumentos também aptos a tutela de situações jurídicas coletivas representam um alargamento da possibilidade de legitimamente buscar a pacificação de conflitos sociais. Nesse sentido, a questão da representatividade torna-se importante no âmbito do processo coletivo. No entanto, quando se trata da análise dos legitimados às ações coletivas, é comum que surjam preocupações doutrinária em relação a adequação desse modelo de substituição extraordinária, mas a situação dos recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas é tratada com mais naturalidade, embora tenha também suas fraquezas em relação à adequação da representação, especialmente quando analisado do ponto de vista da sua capacidade de tutelar a coletividade. Ademais, enquanto os argumentos a serem analisados pelo tribunal no julgamento das ações coletivas ou no caso das ações do controle de constitucionalidade são vinculadas e diretas, no caso dos julgamentos repetitivos e das súmulas vinculantes, por exemplo, poderão ter como fundamentos ações individuais, operando de maneira mais difusa. Portanto, o que se percebe é que, ao longo do histórico de normatização dessas regras no país, efetuou-se um aumento na

quantidade de institutos bem como do próprio rol de legitimados e das hipóteses de cabimento de ações voltadas à tutela coletiva. Assim, a realidade coletiva no Brasil hoje possibilita que o início do procedimento visando tutela transindividual se faça por uma quantidade variável de sujeitos, dependendo do meio cabível e escolhido. A competência para julgamento também depende da via selecionada. Embora existam diferentes métodos e opções de procedimentalização de tutela coletiva no ordenamento jurídico nacional, ainda é pouco segura a aplicação desses métodos. Isso coloca em risco não apenas a aplicação isonômica do direito e da celeridade da atuação jurisdicional, como prejudica a concretização da tutela das mais diversas situações jurídicas. Verificou-se, ademais, que a tutela transindividual é assegurada no ordenamento jurídico, baseada fortemente na persecução de objetivos e garantias constitucionais. No entanto, a prática forense mostrou a insuficiência do processo coletivo. Por esta razão, resta autorizada a investigação de diferentes métodos de resolução de conflitos, incluindo aqui aqueles inseridos no âmbito do *alternative dispute resolutions*.

No terceiro capítulo apurou-se a tendência atual da ciência processual moderna em posicionar-se fortemente pela impossibilidade de manutenção do sistema jurídico através do acesso único aos tribunais. Através da análise histórica se observa que, no Brasil, a tentativa do Estado de monopolizar a justiça não foi acompanhada pela preocupação com a criação de um sistema capaz de responder de forma célere, segura e com qualidade aos jurisdicionados. Isso não significa dizer que no presente trabalho se advogou pela retirada do poder jurisdicional estatal. Muito menos se defendeu a ideia de que a atuação do Estado enquanto agente pacificador de conflitos não gerou benefícios à sociedade. O que se questionou foi a necessidade de monopolizar essa tarefa, retirando da sociedade a responsabilidade e a possibilidade de contribuir pelo desenvolvimento do bem estar social. Por meio dos esforços da doutrina do acesso à justiça, com fundamento na releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, propõe-se atualmente a adoção de um sistema multiportas, ou seja, um aparelhamento jurisdicional que garanta a possibilidade de tutela de direitos por diversos meios, permitindo aos jurisdicionados a eleição daquele que melhor se adequa aos seus anseios e expectativas. E é com base nessa busca por um acesso efetivo, um acesso à ordem justa, que se molda a nova sistemática processual civil, a qual lentamente abandona sua ótica individualista e formalista. Em termos normativos, muitos são os avanços, em especial as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, a Lei da Arbitragem, Lei de Mediação e o novo Código de Processo Civil. Vê-se, assim, o fenômeno da desjudicialização ganhando espaço nas mais diversas áreas, tanto privadas quanto públicas, tendo como principal vantagem a celeridade da aplicação do direito e a

atribuição de importância às tarefas das próprias partes. O uso de métodos como a mediação, conciliação e arbitragem também ganham destaque nesse cenário. Os métodos autocompositivos são valorizados pela sua forma democrática, uma vez que permite a construção de uma solução para o conflito de maneira que torne efetiva a participação das partes, tornando-se, em decorrência disso, meio mais célere de pacificar conflitos. A arbitragem, por sua vez, embora seja método heterocompositivo assim como o processo estatal, pressupondo-se, portanto, a possibilidade de imposição de sentença a ser cumprida pelas partes, apresenta vantagens decorrentes da natureza do instituto. Primeiramente porque, mesmo que possibilite a imposição de vontade, ela tem por base a voluntariedade na submissão ao procedimento, tornando-o, assim, mais democrático e participativo. Ademais, por estar fortemente ligado ao direito privado e, portanto, seguir o princípio da autonomia da vontade, permite a flexibilização do procedimento, o que pode se mostrar benéfico para a tutela de direitos complexos como os transindividuais.

Embora seja forte a tendência normativa e doutrinária de privilegiar os métodos adequados de resolução de conflitos, resguardando-se o papel residual do processo estatal, ainda são densamente sentidas socialmente as consequências da monopolização da justiça pelo Estado. Assim, é preciso uma mudança radical na mentalidade dos operadores do direito para que seja possível essa completa alteração social proposta pelo movimento de acesso à justiça, sendo aposta no modelo multiportas enquanto novo paradigma de política pública de justiça a ser adotado para permitir a melhor aplicação do direito com fins à pacificação social. Diante da busca “desta alternativa, de suas potencialidades, mas também dos seus limites, tem representado um aspecto fundamental daquilo que chamamos de ‘terceira onda’” (CAPPELLETTI, 1991, p. 6), tornando imperioso a análise do cabimento de métodos que auxiliem na garantia de efetividade desses direitos, abrandando a crise social e jurídica instalada pela dificuldade de concretização de direitos. Para garantir um equilíbrio no acesso à atividade jurisdicional e da efetivação de direitos, diferentes métodos de resolução de conflitos vem sendo empregados de formas não convencionais, abrangendo um espectro maior dos efeitos desses métodos. O modelo multiportas sustenta esse entendimento, abrindo caminhos para a opção de diferentes meios de solução de conflitos por parte do jurisdicionado, quem levará em consideração as particularidades do seu caso específico, as possibilidades e objetivos por ele almejados.

Diante dessa realidade, o argumento superficial da indisponibilidade dos direitos transindividuais não tem forças para obstar a análise da arbitrabilidade objetiva dos conflitos que envolvam essa categoria de direitos, confirmando a hipótese da pesquisa. A

indisponibilidade não pode ser confundida com a própria fundamentalidade e inalienabilidade dos direitos de personalidade e direitos sociais transindividuais (VENTURINI, 2016, p. 2). Dito isso, confirmando-se a hipótese de pesquisa, tem-se que a indisponibilidade de direitos não é elemento impeditivo à procedimentalização de arbitragens de direitos transindividuais no Brasil. Assim, a disponibilidade é hoje conceito complexo no ordenamento jurídico nacional, e enfrenta diversas formas de flexibilização, como a doutrinária, legislativa e prático-jurídica. Essa flexibilização tem como objetivo a garantia de procedimentos mais democráticos, participativos e dialógicos, de forma a garantir a efetividade de direitos conforme visava a doutrina do acesso à justiça. A flexibilização do conceito de direitos indisponíveis é apenas a primeira premissa autorizadora da arbitrabilidade de litígios coletivos. A inexistência de norma legal impeditiva – ou norma legal que imponha a resolução através de processos coletivos – e a leitura moderna e conjunta dos regramentos de tutela coletiva e métodos de resolução adequados de conflitos voltados à tarefa de pacificação social e efetivação de direitos constitucionais através da novo paradigma de justiça, também levam a conclusão de que é possível a tutela de direitos transindividuais através de arbitragem.

A arbitragem coletiva, assim possui como grandes trunfos, especialmente quando comparados ao processo estatal, a celeridade do procedimento, a qualidade das decisões, o julgamento especializado e a possibilidade de adequação – ou flexibilização – do procedimento às necessidades específicas de um determinado caso concreto. Existe ainda possibilidade de fortalecimento das instituições da sociedade civil enquanto agentes importantes na persecução dos fins constitucionais e na pacificação de conflitos sociais com menor custo. Se não for este o caso, conta-se no Brasil com a participação de importante órgãos públicos na tutela de direitos coletivos, de forma que não há prejuízo no tocante à representação dos grupos também pelos entes estatais. Especialmente no que se refere à participação do Ministério Público, concluiu-se que este órgão público

Embora seja possível proceder ao arbitramento de litígios transindividuais, existem alguns elementos que limitam ou criam barreiras para colocar em prática esse novo procedimento. A questão dos custos é aquela que mais dificulta a procedimentalização das arbitragens coletivas no Brasil, em especial pela falta de regramento específico nesse sentido. Ademais, a forte cultura demandista, atrelada ao Poder Judiciário, e o lento crescimento da arbitragem no país se traduzem como forte barreira cultural a ser enfrentada pelos operadores do direito. Por outro lado, a retirada de julgamentos de magnitude coletiva do âmbito judicial pode ser considerada importante fator contra a procedimentalização de arbitragens coletivas. As sentenças arbitrais, ainda que tenham força jurídica idêntica à sentença judicial, por serem

proferidas por agentes não integrantes do organograma do Poder Judiciário, não terão a possibilidade de, atingindo graus maiores dos tribunais, tornarem-se fontes para a formação do entendimento jurisprudencial. Perde-se, assim, a possibilidade de tutela abstrata de ações futuras por meio da formação de precedentes.

Contudo, a prática dos tribunais reforça a ideia de que a atual conjuntura jurídico-social vivenciada no Brasil exige uma preocupação maior com a qualidade das decisões e com a celeridade da prestação jurisdicional, elementos essenciais para a efetivação de direitos. Assim, o procedimento arbitral surge como importante alternativa. A opção pela utilização da arbitragem deve levar em consideração as vantagens e desvantagens do procedimento coletivo fora do Poder Judiciário. Significa dizer que, quando possível, é preciso fazer uma análise quanto à adequação do método ao caso concreto para que seja possível optar por aquele que trará mais benefícios à coletividade substituída.

O estudo acerca da possibilidade de arbitramento de litígios coletivos ganha força no País. Espera-se que as considerações ora apresentadas auxiliem na efetivação do procedimento arbitral coletivo. A expectativa, segundo o estudo ora realizado, é de que a arbitragem permita uma tutela adequada de direitos transindividuais no Brasil, funcionando como alternativa à judicialização de demandas e como nova forma de acesso à justiça e garantia de efetividade aos direitos transindividuais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 214/2012. Dez / 2012. p. 271 – 298. Versão eletrônica.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 9/2006. Abr - Jun / 2006. p. 13 – 21. Versão eletrônica.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Seminário “Superior Tribunal de Justiça e Corte de Cassação Francesa: A arbitragem na visão comparada”. **Migalhas**. 25/09/2017.  
Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265959,11049-Arbitragem+Para+ministra+Nancy+Judiciario+deve+zelar+por+autonomia+da>>  
Acesso em: 31/10/2018

BACAL, Eduardo Braga; RODRIGUES, Ana Carolina de Souza. **Mediação em conflitos envolvendo o Poder Público**. In: Mediação e arbitragem na administração pública. Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (organizadores). Curitiba: CRV. 2018.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. Coleção Saberes do Direito (53). Versão digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

BADINI, Luciano. **Reflexões sobre a Negociação e a Mediação para o Ministério Público**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9 /Coordenação geral, Fredie Didier Jr Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; HENRIQUES, Paula Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 258/2016. Ago / 2016. p. 205 – 223. Versão eletrônica.

BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e Ação civil pública: Aspectos comuns e distintivos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 4/1993. P. 233 – 241. Jul-Set/1993. Versão eletrônica. 1993.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação Civil Pública**. Livraria e Editora Obra Jurídica. 1996.

BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliada Provedel. As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos. **Revista eletrônica de Direito Processual REDP**. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro. V. 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília. 2018

Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> >

Acesso em: 22/10/2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sociedade Brasileira de Direito Público. Coordenação: Conrado Hubner Mendes, Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. 2017

Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais> >

Acesso em: 25/01/2018

BRASIL. **Constituição política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824**.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm) >

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.139/2009**. 2009.

Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR2010sup.pdf#page=3> >

Acesso em: 16/10/2018

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. 2017

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/113105.htm)>

Acesso em 03/07/2017

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. 2017b

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm) >

Acesso em: 21/09/2017

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> >

Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 do Reino da Espanha. Tribunal Pleno. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 12/12/2001. Publicada 19/12/2001. 2001. 246p.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5206&classe=SE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >

Acesso em: 09/11/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163231-SP. Plenário. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 26/02/1997. Publicada 05/03/1997.

Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240> >

Acesso em: 16/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 165. Homologação de acordo. Brasília. **Diário de Justiça**. 15/02/2018.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF165homologaoacordo.pdf>>

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 111.230/DF. Segunda seção. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgado 08/05/2013.

Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29037549&num\\_registro=201000587366&data=20140403&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29037549&num_registro=201000587366&data=20140403&tipo=5&formato=PDF)>

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 1.134.957 – SP. Corte Especial. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 24/10/2016. Publicada DJe 30/11/2016. 2016

Disponível em: < [https://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Decisao%20Corte%20Especial%20STJ\\_abrangenciaACP.pdf](https://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Decisao%20Corte%20Especial%20STJ_abrangenciaACP.pdf) >

Acesso em: 01/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia. STJ condena Estado do Amazonas a indenizar vítimas da demora excessiva da Justiça. Brasília/DF.

Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-condena-Estado-do-Amazonas-a-indenizar-v%C3%ADtimas-da-demora-excessiva-da-Justi%C3%A7a](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-condena-Estado-do-Amazonas-a-indenizar-v%C3%ADtimas-da-demora-excessiva-da-Justi%C3%A7a) >

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1. 243.887-PR. Corte Especial. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgada 19/10/2011. Publicada 12/12/2011.

Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091364&num\\_registro=201100534155&data=20111212&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091364&num_registro=201100534155&data=20111212&formato=PDF)>

Acesso em: 01/10/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 510.150/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgado em 17/02/2004.

Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067013&num\\_registro=200300078957&data=20040329&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1067013&num_registro=200300078957&data=20040329&tipo=5&formato=PDF)>

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. Florianópolis/SC. **Diário de Justiça**. Julgado em 09/11/2016.

Disponível em: < [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAlwAAB&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAlwAAB&categoria=acordao_5)>

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1000576-74.2016.8.24.0000. Florianópolis. **Diário de Justiça**. Julgado em 25/04/2018.

Disponível em: < [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABA7AAEAAKoGrAAM&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABA7AAEAAKoGrAAM&categoria=acordao_5)>

Acesso em: 31/10/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70075660852. Porto Alegre/RS. **Diário de Justiça**. Julgado em 14/12/2017. 2017b

Disponível em: <

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70075660852%26num\\_processo%3D70075660852%26codEmenta%3D7597116++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075660852&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=14/12/2017&relator=Gelson%20Rolim%20Stocker&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075660852%26num_processo%3D70075660852%26codEmenta%3D7597116++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075660852&comarca=Comarca%20de%20Sapiranga&dtJulg=14/12/2017&relator=Gelson%20Rolim%20Stocker&aba=juris) >

Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 9988600-48.2003.5.02.0900. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgado em 07/05/2008.

Disponível em: <

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RR%20-%209988600-48.2003.5.02.0900&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAABPAAX&dataPublicacao=13/06/2008&localPublicacao=DJ&query=%27a%E7%E3o%20coletiva%27> >

Acesso em: 16/10/2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 179900-66.2004.5.05.0024. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgado em 03/06/2009.

Disponível em: <

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20179900-66.2004.5.05.0024&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAArkVAAW&dataPublicacao=19/06/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>

Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 55300-36.2004.5.05.0003. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Julgado em 27/09/2006.

Disponível em: <

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2055300-36.2004.5.05.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAARI/AAK&dataPublicacao=13/10/2006&localPublicacao=DJ&query=comiss%E3o%20and%20concilia%E7%E3o>>

Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1475/2000-193-05-00.7. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Jugado em 15/10/2008.

Disponível em: <  
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20147500-16.2000.5.05.0193&base=acordao&numProcInt=97659&anoProcInt=2002&dataPublicacao=17/10/2008%2007:00:00&query=>>  
 Acesso em: 23/10/2018

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 85300-20.2007.5.02.0028. Brasília/DF. **Diário de Justiça**. Jugado em 22/05/2013.

Disponível em: <  
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2085300-20.2007.5.02.0028&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJ/1AAI&dataPublicacao=24/05/2013&localPublicacao=DEJT&query=>>  
 Acesso em: 23/10/2018

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTR, 2008. 214 p.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. 319 p.

CABRAL, Antonio do Passo. **As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta**. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Coords.). Ministério Público. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 193-21.

CABRAL, Antonio do Passo. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 529/2016. Set 2016. Versão digital

CAMPOS, Amalia Patricia Cobos; RODRÍGUEZ, José Luis Chacón; COBOS, Claudia Patricia González; DIÁZ, Roberto Aude; ALCALÁ, Lila Magüregui. Medios alternativos de solución de conflictos y su relacion con los acuerdos reparatorios en materia penal: una nueva forma de acceso a la justicia. **España Jurídico Journal of Law**. Joaçaba. V. 19, n. 2. Maio/ago. 2018. p. 333-352.

CAMPOS, Adriana Pereira. FRANCO, João Vitor Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP. v. 18. n. 7. Set./Dez. 2017. p. 263 - 281.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 61/1991. Jan - Mar / 1991. p. 144 - 160. Versão eletrônica. p. 1-12.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 74/1994. Abr - Jun / 1994. p. 82 – 97. Versão eletrônica.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. 1978. Articles by Maurer Faculty. Paper 1142.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 27/2010. Out - Dez / 2010. p. 129 – 161. Versão eletrônica.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.308/96**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2009. 571 p.

CLAY, Thomas. L'arbitre est-il un être normal?. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 51/2016. Out - Dez / 2016. | p. 251 – 277. Versão eletrônica.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Ed. Editora Malheiros. 2012. 398 p.

DIAS, Handel Martins. **A tutela de urgência em sede de recursos extraordinário e especial**. 2006. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos extraordinarios en el derecho procesal brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá**, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n. 44, p. 223-249, jul.-dic. 2016

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista de Processo**. V. 128/2005. Out / 2005. p. 164 – 174. Versão eletrônica.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximação e distinções. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016. Versão eletrônica. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15 ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.322/2010. São Paulo: Atlas. 2011.

DONIZETTI, Elpídio. O Processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte. V. 51. Número 81. Páginas 195-204. Janeiro a Junho de 2010.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia de Moraes. **A construção do direito urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores**. In: FERNANDES, Edésio;

ALFONSIN, Betânia de Moraes (Orgs.). Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA, Kaline. **Arbitragem e os litígios envolvendo entes públicos no Brasil e na França**. In: Mediação e arbitragem na administração pública. Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (organizadores). Curitiba: CRV. 2018.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 49/2012. Jan - Mar / 2012. p. 227 – 285. Versão eletrônica.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Rideel. 2012. 95 p.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 333-361.

GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 111/2003. Jul - Set / 2003. p. 192 – 208. Versão eletrônica.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Ana Paula Maria Araújo; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A tutela administrativa do consumidor pelo PROCON e as perspectivas do Projeto de Lei 5.196/2013. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 107/2016. Set - Out / 2016. p. 343 – 360. Versão eletrônica.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4341>>

Acesso em: 22/10/2018

GRECO, Leonardo. **Controle jurisdicional da arbitragem**.

Disponível em: < [https://www.academia.edu/35166272/CONTROLE\\_JURISDICIONAL\\_DA\\_ARBITRAGEM](https://www.academia.edu/35166272/CONTROLE_JURISDICIONAL_DA_ARBITRAGEM) >. Acesso em: 01/10/2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 97/2000. Jan-Mar/2000. Versão eletrônica. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Et al **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 9 ed. 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini. Et al. Conferência de Seoul 2014 constituição e processo - acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 250/2015. Dez / 2015. p. 17 – 31. Versão eletrônica.

GUERRA, Luis Alberto Petit. **La lectura constitucional de las normas procesales (con especial referencia a los juicios civiles)**. Publicada em: Gaceta Oficial Nro.5453, de la República Bolivariana de Venezuela, el 24 de marzo de 2000. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/GO-24032000-5453.pdf>

HARVEY, David. **The right to the city**. New left review 53. Sept - Oct 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**: redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com ministério público e órgãos do governo federal. 2005

Disponível em: < [https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc\\_versao24\\_02\\_2006.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf) >

Acesso em: 16/10/2018.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América**. Buenos Aires, 2012.

JOÃO, Alexandre Lipp. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre. 2018.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a nova lei de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 47/2015. Out - Dez / 2015. Versão eletrônica.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2015.

MACIEL, Marco. Exposição de motivos da Lei de Arbitragem: justificação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 9/2006. Abr - Jun / 2006. p. 317 – 320. Versão eletrônica.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. 2ª ed. ver. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, xxxv, da constituição federal.** Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 926/2012. Dez / 2012. p. 135 – 175. Versão eletrônica.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Dissídio coletivo: solução dos conflitos coletivos do trabalho?. **Revista de Direito do Trabalho.** São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 44/1983. Jul - Ago / 1983. p. 34 – 38. Versão eletrônica.

MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. **Princípio da litigiosidade mínima: tutela coletiva, transacional e arbitragem.** 1. Ed. Curitiba: Appris. 2015. 267p.

MARIANI, Rômulo Greff. **Arbitragens coletivas no Brasil.** Coleção Atlas de Arbitragem (coordenação Carlos Alberto Carmona). São Paulo: Atlas. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arbitragem e coisa julgada sobre questão. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 58. Jul-Set. 2018. p. 99-117.

MARINONI, Luiz Guilherme. **El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de taruffo.**

Disponível em: < [https://www.academia.edu/12417542/EL\\_PRECEDENTE\\_INTERPRETATIVO\\_COMO\\_RESPUESTA\\_A\\_LA\\_TRANSFORMACION\\_DEL\\_CIVIL\\_LAW\\_LA\\_CONTRIBUCION\\_DE\\_TARUFFO?auto=download](https://www.academia.edu/12417542/EL_PRECEDENTE_INTERPRETATIVO_COMO_RESPUESTA_A_LA_TRANSFORMACION_DEL_CIVIL_LAW_LA_CONTRIBUCION_DE_TARUFFO?auto=download) >

Acesso em: 22/08/2018

MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 249/2015. Nov / 2015. p. 399 – 419. Versão eletrônica.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta. **Revista de Arbitragem e Mediação.** V. 33/2012. Abr - Jun / 2012. p. 245 – 269. Versão eletrônica.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 24ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação.** Processo Civil Moderno v.2. 2 ed. rev. atual. de acordo com a lei 12.322/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação popular e sua lei regulamentar. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 9. p. 35 - 45. Out/2011. Versão eletrônica. 2011.

MENEZES, Caio Campello de. O papel do *amicus curiae* nas arbitragens. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 12/2007. Jan - Mar / 2007. p. 94 – 102. Versão eletrônica.

MENDES, Aluísio Gonçalves De Castro. **Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**: apresentação do anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro. 2005.  
Disponível em: < [www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc](http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc) >  
Acesso em 16/10/2018.

MENDES, Aluísio Gonçalves De Castro; HARTMANN, Guilherme Kronemberg. **A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9 /Coordenação geral, Fredie Didier Jr Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 40, n. 243, p. 283-332, maio 2015

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. **Mecanismos de consenso no direito administrativo e a sua contribuição para a desjudicialização da política pública**. In: *Mediação e arbitragem na administração pública*. Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (organizadores). Curitiba: CRV. 2018.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. 2012. 186f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MOFFITT, Michael L. **Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer**. *Negotiation Journal*. Harvard College. October. 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Formas privadas de solução dos conflitos: arbitragem e poder público**. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (org.); MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (org.); MOLINARO, Carlos Alberto (org.) *Processo coletivo e outros temas de direito processual penal* Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p.101-115.

MONTEIRO FILHO, Carlos Édison do Rêgo. O problema da massificação das demandas consumeristas: atuação do PROCON e proposta de solução à luz do direito contemporâneo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 108/2016. Nov - Dez / 2016. p. 293 – 313. Versão eletrônica.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas. 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os Métodos Autocompositivos de Conflito – Negociação, Mediação e Conciliação**. In:

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9 /Coordenação geral, Fredie Didier Jr Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A uniformização da jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à justiça: uma proposta do projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. V. 220/2013. Jun / 2013. p. 239 – 269. Versão eletrônica.

MORERIA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 28/1982. Out - Dez / 1982. P. 7-19. Versão eletrônica.

MORERIA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 102/2001. Abr - Jun / 2001. p. 228 – 238. Versão eletrônica.

MUNIZ, Daniela. **Arbitragem e as ações de improbidade administrativa**. In: *Mediação e arbitragem na administração pública*. Humberto Dalla Bernardino de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (organizadores). Curitiba: CRV. 2018.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem Coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 217/2013. Mar / 2013. p. 75 – 120. Versão eletrônica.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Jurisdição e administração (notas de direito brasileiro e comparado). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 5/1993. Out - Dez / 1993. p. 32 – 45. Versão eletrônica.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro III. Universidade de Coimbra.

Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm> >

Acesso em: 31/10/2018

PASQUALOTTO, Adalberto. Sobre o plano nacional de consumo e cidadania e a vulnerabilidade política dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 87/2013. Maio - Jun / 2013. p. 249 – 269. Versão eletrônica.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Revista Direito e Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 4, nº 1. 2003. p. 47-89.

PEIXOTO, Ravi. **Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9 /Coordenação geral, Fredie Didier Jr Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p.

PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: Décio Zylbertajn; Rachel Sztajn. (Org.). Direito e Economia. São Paulo: Elsevier, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso de meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: Editora CRV. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Limites e possibilidade do acordo em direitos indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015**. In: Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos. Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis: atualizado com as reformas de 2006 a 2007**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. 308 p.

PROJETO HORIZONTES DO CONHECIMENTO. 45ª Palestra do Projeto Horizontes do Conhecimento. O Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Cooperação entre Processo Judicial e Procedimento Arbitral. 11 de maio de 2018.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 109/2017. Jan - Fev / 2017. p. 333 – 348. Versão eletrônica.

REHBEIN, Veridiana Maria. Soluções consensuais nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 112/2017. Jul - Ago / 2017. p. 397 – 433. Versão eletrônica.

REUBEN, Richard C. **Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth**. U. Kansas Law Review. V. 54. 2006. p. 1255-1300.

ROQUE, André Vasconcelos. **Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura**. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2014.

ROQUE, André Vasconcelos. **As Ações Coletivas no Direito brasileiro contemporâneo – De onde viemos, onde estamos e para onde vamos?**. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. V. XII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Versão eletrônica. p. 36-65

Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548> >  
Acesso em: 27/08/2018

ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da actio popularis romana às class actions norte-americanas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 188/2010. Out / 2010. p. 101 – 146. Versão eletrônica.

SALLES, José Carlos de Moraes. Súmula vinculante: solução ou retrocesso? **Revista dos Tribunais**. V. 864/2007. Out / 2007. p. 11 – 19

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 257/2016. Jul / 2016. p. 269 - 281. Versão eletrônica.

SILVA, Luiz Augusto da. Reflexões à luz do ideal de não dominação, efetividade, e a reforma da Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015). **Revista de Arbitragem e Mediação**. V. 56/2018. Jan - Mar / 2018. p. 189 – 213. Versão eletrônica.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. v. 250. 2009. p. 197-227

SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; ZANETI JR., Hermes; LINO, Daniela Bermudes. **Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição**. 2018.

Disponível em: < [https://www.academia.edu/37558817/Individual\\_Actions\\_in\\_the\\_Rio\\_Doce\\_Case\\_Interruption\\_of\\_the\\_Prescription\\_Suspension\\_of\\_the\\_Prescription\\_and\\_Contradictory\\_Behavior\\_of\\_the\\_Litigants\\_in\\_the\\_Settlement\\_Process](https://www.academia.edu/37558817/Individual_Actions_in_the_Rio_Doce_Case_Interruption_of_the_Prescription_Suspension_of_the_Prescription_and_Contradictory_Behavior_of_the_Litigants_in_the_Settlement_Process) >  
Acesso em 09/10/2018

STRECK, Lenio Luiz. **O novo CPC: a derrota do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. In: BOECKEL, F. D.; ROSA, K. R. R.; SCARPARO, E.. (Org.). Estudos sobre o novo código de processo civil. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, v. 1, p. 149-166.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)**. In: Parceiras Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar. Organizadores: Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e precedentes: cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo**. Informativo Justen, Pererira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 138, agosto de 2018. Disponível em: < [https://www.academia.edu/37336306/ARBITRAGEM\\_E\\_PRECEDENTES\\_CINCO\\_PREMISSAS\\_CINCO\\_CONCLUSOES\\_UM\\_EPLOGO\\_E\\_UM\\_VOTO\\_DEDEO\\_2018\\_](https://www.academia.edu/37336306/ARBITRAGEM_E_PRECEDENTES_CINCO_PREMISSAS_CINCO_CONCLUSOES_UM_EPLOGO_E_UM_VOTO_DEDEO_2018_) >. Acesso em 01/10/2018.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 128/2005. Out / 2005. p. 59 – 78. Versão eletrônica.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. V. 9. p. 739 – 745. Out/2011. Versão eletrônica. 2011.

VENTURINI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 251/2016. Jan / 2016. p. 391 – 426. Versão eletrônica.

VERBICARO, Dennis. A arbitragem coletiva de consumo na Espanha através da atuação qualificada das associações representativas de defesa do consumidor e sua possível e salutar influência no direito consumerista brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 53/2017. Abr - Jun / 2017. p. 77 – 101. Versão eletrônica. p. 2-3

VERBICARO, Dennis. A convenção coletiva de consumo como instrumento catalisador do debate político qualificado na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 111/2017. Maio - Jun / 2017. p. 121 – 147. Versão eletrônica.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V1. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 195/2011. Maio/2011. Versão eletrônica.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos**. In: *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tescheiner*. coords. Guilherme Rizzo Amaral, Marcio Louzada Carpena. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Três modelos de processo coletivo no direito comparado: Class Actions, Ações Associativas/Litígios agregados e o “Processo Coletivo: Modelo brasileiro”**. *Revista Processos Coletivos*. Porto Alegre. V. 5. Número 4. Outubro a dezembro de 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9. Coordenação geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. 816 p.

ZANETI JUNIOR, Hermes; Ferraz, Claudio Ferreira. **A doutrina da legitimação dos órgãos do estado para tutela coletiva**. *Revista de Processo*. V. 212/2012. Out / 2012. p. 135 – 162. Versão eletrônica.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 272 p.

ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 11/2006. Out - Dez / 2006. p. 7 – 58. Versão eletrônica.