



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CAROLINE ALMEIDA DA SILVA

**MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO:
OBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ**

SALVADOR
2018

CAROLINE ALMEIDADA SILVA

**MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO:
OBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ**

Projeto de Monografia apresentado ao Curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil promovido pela Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação.

SALVADOR
2018

CAROLINE ALMEIDADA SILVA

**MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO:
OBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil promovido pela Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Aprovada em _____ / _____ / _____

Banca Examinadora

Professor

Professor

Professor

Muitos são os agradecimentos a realizar. A conclusão deste trabalho não seria possível sem o incentivo e estímulo que sempre dados por minha mãe; os investimentos financeiros de meu pai e avô; os ensinamentos dos professores; a compreensão e apoio dos colegas de profissão. Meu verdadeiro muito obrigada.

“É preciso força pra sonhar e perceber, que a estrada vai, além do que se vê”.

Marcelo Camelo - Los Hermanos.

SILVA, Caroline Almeida. Meios Alternativos de Resolução de Conflito: observância da Boa-Fé. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo analisar a importância dos meios de resolução de conflito para sociedade moderna, que em razão de sua complexidade, apresenta conflitos cada vez mais interdisciplinares, impossibilitando o operador do direito julgá-lo apenas com sua formação legalista e tecnicista. Agora são os valores e os princípios consubstanciados na Constituição Federal, com destaque para a boa-fé objetiva processual, que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, será examinado, em um primeiro momento, as causas e efeitos do movimento do (neo)constitucionalismo para o mundo jurídico, especialmente no direito processual, acarretando mudanças permanentes e contínuas no modelo de atuação dos juízes, assim como, nos modelos de processo.

Será analisado, ainda, os meios alternativos de resolução de conflito, por configurarem na sociedade moderna instrumentos eficazes de pacificação social, devendo ser utilizados e estimulados pelos operadores do direito.

Por derradeiro, será explicada a cláusula geral da boa-fé, incluindo sua origem, conceito e funções, vez que ganhou espaço no debate jurídico, aparecendo como normatizadora de direitos e deveres das relações jurídicas, devendo ser observadas por todos os sujeitos processuais.

Dessa forma, o trabalho ora proposto, almeja demonstrar como os meios alternativos de resolução de conflitos são capazes de atender aos anseios sociais expostos na complexa sociedade atual, industrial e tecnológica, concretizando nas relações jurídicas processuais um novo pensar autocompositivo, prevalecendo a lealdade, a confiança e a ética.

Palavras-chaves: (Neo)Constitucionalismo. Força Normativa da Constituição. Neoprocessualismo. Cooperação Processual. Meios Alternativos de Resolução. Conflito. Conciliação. Mediação. Arbitragem. Sistema Multiportas. Boa-fé. Cláusula Geral. Comportamentos contraditórios.

SILVA, Caroline Almeida. Alternative Means of Conflict Resolution: Observance of the Good Faith. Monography (Bachelor of Law) - (Postgraduate in Civil Procedural Law) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the importance of means of conflict resolution for modern society, which, due to its complexity, presents increasingly interdisciplinary conflicts, making it impossible for the operator of the law to judge him only with his legalistic and technicist training. Now are the values and principles embodied in the Federal Constitution, with emphasis on objective good faith procedural, which guide the entire legal system. In this context, the causes and effects of the movement of (neo) constitutionalism for the legal world, especially in procedural law, will be examined in a first moment, causing permanent and permanent changes in the model of the judges' performance, as well as in the models of process. Alternative means of conflict resolution will also be analyzed, as they will be used in modern society as effective instruments of social pacification, and should be used and stimulated by legal operators. Lastly, the general clause of good faith, including its origin, concept and functions, will be explained, since it has gained space in the legal debate, appearing as normative of rights and duties of legal relations, and must be observed by all procedural subjects. In this way, the proposed work aims at demonstrating how the alternative means of conflict resolution are capable of meeting the social desires exposed in today's complex industrial and technological society, materializing in procedural legal relations a new autocompositive thinking, prevailing loyalty, confidence and ethics.

Keywords: (Neo) Constitutionalism. Normative Force of the Constitution. Neoprocessualism. Procedural Cooperation. Alternative Means of Resolution. Conflict. Conciliation. Mediation. Arbitration. Multiport System. Good Faith Objective. Contradictory behaviors. General Clause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

CAPÍTULO I - PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

1 Breves Considerações	12
2 Origem do Constitucionalismo.....	12
3 Força Normativa da Constituição.....	15
4 Normas Constitucionais x Normas Processuais.....	19
5 Neoprocessualismo ou Formalismo Valorativo.....	23
6 Papel dos Juízes no Novo Modelo.....	26
7 Modelos de Organização do Processo.....	32

CAPÍTULO II - MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

1 Breve Considerações.....	36
2 Conflitos.....	36
3 Autotutela ou Autodefesa.....	40
4 Autocomposição.....	42
4.1 Mediação.....	44
4.2 Conciliação.....	49
5 Heterocomposição.....	50
5.1 Arbitragem.....	50
6 Visão Esquemática de Composição de Conflito – Fernanda Tartuce.....	52

CAPÍTULO III - BOA-FÉ OBJETIVA

1 Breves Considerações	53
2 Cláusula Geral	53
3 Referências históricas	56
4 Boa-fé Objetiva	58

4.1 Distinção: Boa-fé Objetiva e Boa-fé Subjetiva.....	60
4.2 Tríplice função da Boa-fé Objetiva	61
4.2.1 A função interpretativa e de colmatação	61
4.2.2 A função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção	62
4.2.3 A função Delimitadora de exercícios de direitos Subjetivos	63
5 Boa-fé Objetiva Processual.....	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

O objetivo desta obra consiste em apresentar a origem (neo)constitucionalismo, movimento que não só limitou o poder soberano do Rei às leis e regras do próprio Estado, como também em uma momento à frente operou a subordinação da própria legalidade a Constituição. A Carta Magna se transformou no fundamento de validade e conteúdo das normas infraconstitucionais, as quais dependem e possuem uma relação de interdependência com suas regras e valores.

A partir dessa mudança de paradigma ocorreram diversas consequências para o mundo jurídico, já que influenciou o modelo de atuação dos juízes, assim como, o modelo de processo. Da passividade, foi-se para o ativismo judicial, e, atualmente, se almeja a cooperação e equivalência entre as partes.

Assim, entendendo que a o princípio da cooperação, fundamenta a cultura autocompositiva, os meios alternativos de resolução de conflito (*Alternative Dispute Resolutions*), ganham destaque, revelando ser métodos mais adequados e eficazes para o contexto social e para o sistema jurídico brasileiro. Tema, por sua vez, abordado no segundo capítulo do presente trabalho.

Os ARD são instrumentos eficazes não só de acesso à justiça como de pacificação social, consolidando o sistema “multiportas” para a composição de conflitos. Assim, apresentam um novo tipo de cultura cooperativa na solução de conflitos, totalmente centrados nas tentativas para encontrar harmoniosamente um consenso entre as partes, que devidamente estimuladas e assistidas, buscam a própria solução para a lide que vivenciam, sempre em observância aos princípios e valores da comunidade, com destaque para a boa-fé.

Isto porque a boa-fé, seja ela em sua dupla perspectiva, qual seja: subjetiva e objetiva, deve ser sempre observado nas relações jurídicas pré-processuais, processuais ou pós-processuais.

Afinal, em face da mitigação da autonomia da vontade, vigente no período do liberalismo econômico, político, social e jurídico, a boa-fé, como cláusula geral, firmou raízes no espaço jurídico, aparecendo como normatizadora de direitos e deveres nas relações jurídicas, motivo pelo qual é abordado no terceiro e último capítulo de forma aprofundada, analisando sua origem, conceito e funções.

É, sem sombra de dúvida, um dos pilares mais importantes, quiçá o mais primordial das codificações do século XX, em que a Constituição configura-se o norte de atuação e

centro unificador de todo o direito infraconstitucional, incorporando dos valores as relações processuais, que inviabiliza toda e qualquer relação jurídica que despreze o padrão ético e solidário de comportamento.

Em síntese, a investigação científica procedida neste trabalho, mediante o método hipotético-dedutivo, almeja demonstra que nessa nova ambiência processual, em que o processo é visto como uma verdadeira comunidade de trabalho, na qual o diálogo e o padrão ético de comportamento é valorizado entre as partes. O Juiz, nesse contexto, não só deve estimular as partes a conciliarem, como deve assumir também a postura de pacificador de conflito, já que sabe que não pode decidir o conflito sozinho, individualmente, apenas com seu conhecimento técnico e legalista.

Com isso, não se pretende afirmar que as partes esperem, umas das outras, a cooperação, a honestidade e a veracidade sempre. Tal afirmativa seria minimamente ingênua e bem distante da realidade. Os meios alternativos de conflito não constituem fórmulas mágicas, mas são mais eficazes na resolução da lide social, uma vez que a solução das controvérsias é derivada da vontade das partes, que sempre deve estar em acordo com a boa-fé e os preceitos éticos de comportamento.

O que se pretende é mostrar que diante do fenômeno da constitucionalização do direito processual, em que o modelo de processo cooperativo se torna uma realidade, face a complexidade da sociedade moderna, na qual os conflitos para serem resolvidos precisam de uma gama de conhecimento, de vários profissionais especializados, trabalhando em conjunto, numa verdadeira rede de colaboração, os meios alternativos de conflito configuram-se o instrumento processual mais adequado para a resolução das lides, motivo pelo qual os operadores do direito passam a ter o dever e o poder de incentivar as partes a buscar o consenso entre seu litígio.

Quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos, e, por conseguinte, o poder judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e aqueda as aspirações do acesso a ordem jurídica e justa.

Percebe-se, portanto, que os meios alternativos de resolução de conflito se coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça embasado nas noções centrais de cooperação e conciliação.

CAPÍTULO I

PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

1 BREVE CONSIDERAÇÕES

O presente capítulo visa mostrar a evolução do pensamento jurídico, relacionando-o com aspecto político, econômico e social da época, revelando o quão intrínseco está ligado os aspectos sociais ao mundo jurídico, muitas vezes, o influenciando e sendo determinante na formação do modelo de processo e na atuação dos operadores do direito.

Assim, considerando os limites acadêmicos do estudo em questão, limita-se a abordar os motivos e efeitos que desembocaram no neoconstitucionalismo, e, por conseguinte, neoprocessualismo, assim como sua direta incidência na evolução dos modelos processuais.

O reconhecimento da força da constituição como norteadora de todas as diretrizes do ordenamento jurídico, garantidora dos valores e princípios da comunidade, provocou uma mudança de paradigma imensurável, alterando de forma permanente e continua a aplicação do direito e a análise dos conflitos na sociedade moderna.

2 ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO

A origem do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica (Egito, Babilônia, Pérsia), no entanto, foi do povo hebreu – após a consagração do monoteísmo e do simbolismo da lei¹ - de onde partiram as primeiras manifestações deste movimento constitucional em busca de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto².

Entretanto, Atena é identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos³. As Cidades-Estado Gregas foram, por isso, responsáveis pela consagração de um regime político constitucional de

¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

²CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 31.

³BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 28.

democracia direita com absoluta igualdade entre os governantes e governados, cujo poder político foi de forma isonômica distribuído entre todos os cidadãos ativos⁴.

Sem deixar a desejar, a república romana também contribuiu para o desenvolvimento das ideias constitucionais, sobretudo em razão do sistema de freios e contrapesos utilizado para repartir e limitar o poder político⁵.

Todavia, foi na Idade Média, precisamente com a Carta Magna Inglesa de 1215, que o constitucionalismo obteve grandes conquistas com a limitação do poder absoluto do Rei João Sem Terra⁶. Nesse momento, restou evidente que o poder do governante além de subordinado ao costume e a religião – consideradas normas superiores - é também limitado pelas próprias leis que o Rei edita. Por conta disso, a declaração inglesa representou um passo importante na construção da democracia moderna, inclusive de algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal e a garantia de propriedade. De outra parte, sobre as ruínas do feudalismo, surge o Estado Moderno no final do século XVI e com ele o constitucionalismo moderno. Este surge vinculado a ideia de constituição escrita, sendo a constituição americana (1787) e a constituição francesa (1791) as maiores representantes deste movimento. A constituição, desse modo, é considerada um documento escrito e rígido, capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político, manifestando-se como norma suprema e fundamental, só podendo sofrer alterações por meio do procedimento especial e solene previsto no seu próprio texto.

No constitucionalismo moderno, assim, nas palavras do professor Dirley⁷, “*a Constituição deixa de ser concebida como uma simples aspiração política da liberdade para ser compreendida como um texto escrito e fundamental*”, elaborado para exercer duas funções, quais sejam: “*a organização do estado e limitação do poder estatal, através de uma declaração de direitos e garantias fundamentais*”.

Não obstante todo esse avanço, o desenvolvimento do constitucionalismo vai além, na medida em que, após a primeira guerra mundial, é necessário inserir na Constituição assuntos de interesse econômico e social. Nesse contexto, a Constituição deixa de ser caracterizada como liberal e passiva e passa a configurar e a representar um novo modelo de Estado social e intervencionista.

⁴CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 33.

⁵Idem, p. 33.

⁶Idem, p. 34.

⁷Idem, p. 37.

De plano, cumpre salientar, que no Brasil, a constituição de 1934 foi a primeira a delinear os contornos de atuação do Estado social e intervencionista, visando promover o desenvolvimento econômico e do bem-estar social. A partir daí, todas as constituições brasileiras possuiu esse viés “pautado na conjugação de democracia liberal e de democracia social⁸”, sendo a Carta Magna de 1988 a principal representante da nova realidade político, jurídica e econômica.

Porém, em face do desastre da segunda guerra mundial, surge na Europa um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo - dotado de força normativa - passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos políticos. O neoconstitucionalismo representa, assim, o constitucionalismo atual que emergiu como uma reação as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, ocasionando o fracasso do Estado Legislativo de Direito, onde a lei e o princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do direito⁹.

O neoconstitucionalismo, fundado na dignidade da pessoa humana, tornou-se responsável pela mudança de paradigma em que o Estado Constitucional de Direito substituiu o falido Estado Legislativo de Direito - em que a norma jurídica era considerada válida não por ser justa, mas sim por ter sido elaborada por uma autoridade competente.

Na nova ordem constitucional, de outra parte, opera-se a subordinação da própria legalidade a Constituição, de forma que não só o fundamento de validade como também o conteúdo das normas infraconstitucionais dependem das regras e dos valores dispostos na Carta Maior.

Vale mencionar, consoante Luís Roberto Barroso¹⁰, as contribuições do movimento neoconstitucional ao novo direito constitucional: em relação ao aspecto histórico, o neoconstitucionalismo ajudou “a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação de seu ao longo das décadas finais do século XX”; já no marco filosófico houve “a reaproximação entre Direito e Ética” em face da “centralidade dos direitos fundamentais”; e, por fim, no que se refere à teoria ocorreu “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

⁸CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 38.

⁹Idem, p.39.

¹⁰BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, p. 123.

Como visto acima, o constitucionalismo representou um importante movimento político e filosófico que se manifestou em diversas épocas e lugares, sendo, por isso, classificado a partir de sua fase histórica e de suas características em movimento constitucional¹¹ antigo, medieval, moderno e contemporâneo.

No entanto, discorrer sobre a “constitucionalização do direito” parece, a priori, um verdadeiro contra senso, vez que, como é cediço, a constituição constitui-se o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, ou seja, possui uma função esterilizante de todo e qualquer diploma normativo que não lhe seja conforme.

É necessário, portanto, esclarecer, alega Shandor Portella¹², que o termo não deve ser analisado sob o enfoque dos fenômenos da recepção ou do controle de constitucionalidade das leis. Refere-se sim, a nova concepção interpretativa e principiológica do direito em adequação e consonância ao texto constitucional.

3 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Essa mudança de paradigma, em que a Constituição é vista e entendida como uma norma jurídica dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não foram espontaneamente respeitados, conforme já disposto no presente trabalho, não foi uma tarefa fácil, e sim um árduo trabalho consubstanciado ao longo da história, como explica Daniel Sarmento¹³:

“O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época e quem a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas

¹¹CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 32.

¹²LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso do direito e a Função de Controle da Boa-fé Objetiva. *Revista AGU*, nº18, p. 233.

¹³SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: risco e possibilidades”. Disponível em: <www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf> Acesso em: 2018 jul. 2018.

de direitos contidas na Carta de 88, promovendo a justiça, igualdade e liberdade”.

Se durante o Estado Liberal reinava a ideia de que a Constituição continha um conjunto de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de seus efeitos concretos, sendo o conteúdo das declarações de direito de cunho exclusivamente moral, o novo pensamento constitucional foi responsável pela superação de tal entendimento. Agora, sob a égide do Estado Constitucional, perpassando o Estado de Direito, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Daniel Sarmiento¹⁴, a Constituição no período do liberalismo econômico “*cingia a organizar o Estado e a garantir os direitos individuais*”. Mas, dentro do novo paradigma a Constituição passa também “*a consagrar direitos sociais e econômicos e a apontar caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelo Poder Público no afã de transformar a sociedade*”.

Entretanto - como toda mudança ideológica - no início desse fenômeno de ampliação das normas constitucionais, ocorreu a chamada crise de juridicidade da Constituição. Pois, o pensamento constitucional hegemônico não atribuiu caráter vinculante a toda a constituição, mas somente à sua parte orgânica e as normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Isto acarretou a neutralização dos avanços sociais e impediu a aplicação dos valores de justiça contidos nas cartas sociais do século XX.

Em outras palavras, apesar de constar nas novas Constituições regras de cunho social que “*excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos*¹⁵”, estas eram consideradas normas meramente programáticas, desprovidas de aplicabilidade imediata, ou seja, de eficácia vinculante. Dependendo, assim, da interferência do legislador para deflagração de seus efeitos, a falta de efetividade das normas constitucionais “*contribui decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição*”¹⁶, assim como os avanços nas transformações sociais.

De fato, diz Daniel Sarmiento¹⁷: “*quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não*

¹⁴SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v.6, n. 23, 2003, p. 274.

¹⁵PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 123, apud SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v.6, n. 23, 2003, p. 274.

¹⁶SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 276.

¹⁷Idem, p. 276.

logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do deve ser e a realidade". Sucede, dessa maneira, uma inversão de valores em que a lei vale mais que a Constituição, vez que está se configura um *"repositório de utopias e de proclamações políticas de pouca valia prática"*.

Dentro desse contexto de descrenças das normas constitucionais, surge a teoria da Força Normativa da Constituição. De autoria de Konrad Hesse, tal construção científica discorre sobre da influência da realidade social perante a Constituição, no sentido de que suas normas são formuladas por seres humanos, os quais compartilham dos seus valores e tradições. Sendo assim, *"a Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira ordenar o fato social e influir sobre ele"*.

Nesse passo, para promover a efetiva eficácia das normas constitucionais, revelando sua força normativa, é necessário que a Constituição seja aproximada dos aspectos sociais e econômicos de sua época. Deve, por isso, haver na sociedade um anseio e uma mobilização para a realização concreta da *"vontade de Constituição"*¹⁸, ou seja, as normas constitucionais devem conter direitos que represente transformações palpáveis, possíveis de serem aplicadas e observadas no meio social.

Neste quadro, no Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 deu à justiça social *"um conteúdo preciso"*¹⁹, nos dizeres de José Afonso da Silva, não se podendo admitir que as normas que submetem a ordem econômica aos ditames da justiça social sejam desprovidas de eficácia normativa. A Constituição Federal configura-se, assim, elemento unificador de todo o sistema, vez que ao se situar no vértice do ordenamento jurídico, sujeita as demais normas *"num movimento harmonizador, que espalha o fundamento de validade da legislação infraconstitucional"*²⁰.

Diante do exposto, resta claro que não há dúvida em relação a força da constituição no ordenamento jurídico. Há sim divergência em relação ao modo e a intensidade de tal incidência. Malgrado existir duas correntes acerca do tema, não cabe no presente trabalho aprofundar esta divergência, sendo necessário somente informar que prevalece na doutrina e na jurisprudência brasileira o entendimento de que há uma aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais.

¹⁸SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v.6, n. 23, 2003, p. 278.

¹⁹AFONSO, José da Silva. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. *In Revista OAB-PI*, ano II, v. 2, 1995, p. 16-35.

²⁰CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 137.

De forma breve, segundo Fredie Didier²¹:

“A eficácia direta de um princípio “traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub-)princípio ou regra. Nesse plano, os princípios exercem uma função integrativa: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios o regras. A despeito da ausência de previsão normativa expressa de um comportamento necessário a obtenção do estado de coisas almejado, o princípio irá garanti-lo”.

Assim, continua o doutrinador:

“A eficácia de um princípio do processo não depende de intermediação por outras regras jurídicas, espalhadas na legislação. O princípio da boa-fé processual, por exemplo, torna devidos os comportamentos necessários a obtenção de um processo leal e cooperativo. Donde se conclui que é possível conceber situações jurídicas processuais atípicas (não expressamente) previstas decorrentes da eficácia direta com função integrativa do princípio da boa-fé processual”.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, em julgado de sua Segunda Turma, confirmou a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (que fundamenta o interpretação extensiva para todos os ramos do direito, grifos nossos) – também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais – aplicando as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa às associações privadas (STF, Recurso Extraordinário 201.819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/05)²².

Antes tais circunstâncias, a primorosa frase do já mencionado autor Luís Roberto Barroso se encaixa com perfeição: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”²³.

Nesse diapasão, deve ser reconhecido de igual forma a eficácia normativa direta dos princípios processuais, tais como o princípio do devido processo legal, ampla defesa,

²¹DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito procesual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18, ed. Sacador: Jus Podivm, 2016, p. 50.

²²BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor: a luz da jurisprudência do STJ*, Juspodivm, 2009, p. 38.

²³BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392.

contraditório, duração razoável do processo, juiz natural, proibição de prova ilícita, dentre outros.

A constitucionalização do direito representou, portanto, a abertura do direito à releitura dos institutos através de conceitos abertos, notadamente através da adoção da técnica de cláusulas gerais. Vale dizer, inclusive, que a cooperação entre o direito constitucional e os demais ramos do direito, especialmente o processual.

Dessa forma, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos seus princípios, passa a ser possível conceber o sistema jurídico como uma unidade em que a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de atuação e centro unificador de todo o direito infraconstitucional. Dessa maneira, a incorporação dos valores constitucionais as relações processuais inviabilizou toda e qualquer relação jurídica que despreze o padrão ético e solidário de comportamento.

Tal concepção provoca uma verdadeira “*virada de Copérnio*”²⁴ no direito, impondo uma releitura dos conceitos e institutos tradicionais das relações jurídicas. Intensifica-se, assim, a permeabilidade da fronteira entre os ramos da ciência do direito, gerando a crescente intervenção do Estado na vida do particular.

Percebe-se, por fim, que malgrado haja uma diminuição ou até mesmo limitação na esfera de liberdade do indivíduo, cresce os deveres destes em relação ao grupo social.

4 NORMAS CONSTITUCIONAIS x NORMAS PROCESSUAIS

Para entender melhor o fenômeno do constitucionalismo e sua influência no direito processual, faz-se necessário, inicialmente, mencionar a rapidamente a distinção entre direito público e privado. Tal distinção remonta ao direito romano, que atribuía ao primeiro à regulamentação do Estado e ao segundo, os interesses individuais, ou melhor, particulares.

Em que pese a diferenciação entre direito público e privado ser tão antiga, jamais significou quebra da unidade sistemática do direito, tampouco a criação de dois domínios

²⁴SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 50.

apartados e incomunicáveis. Pelo contrário, a separação entre esses dois ramos tem base científica e é de utilidade sustentável²⁵.

É possível distinguir o domínio público do privado levando em conta três aspectos presentes na relação jurídica: os sujeitos, o objeto, e natureza jurídica.

Em relação ao critério subjetivo, tem-se que se a relação jurídica se estabelecer entre particulares – indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado -, será regida pelo direito privado. Todavia, se em algum dos pólos da relação figurar o Estado ou algum ente público, estar-se-á diante de uma relação jurídica regulada pelo direito público.

Já quanto ao objeto, ou seja, conteúdo da relação jurídica deve ser observado o interesse tutelado pela norma. Se a norma protege a coletividade ou o interesse social, estará no âmbito do direito público. Se a norma, por outro lado, cuida de interesses individuais ou particulares, encontrar-se-á no domínio do direito privado.

Por derradeiro, no que se refere à natureza jurídica da relação deve-se considerar a posição dos sujeitos em interação. O Estado, quando figurar no pólo de uma relação jurídica, exerce uma posição de supremacia em detrimento do particular, o que configura a regência do direito público. Por seu turno, no direito privado prevalece a igualdade jurídica entre as partes.

No mais, no regime jurídico privado vigoram os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade. Já o regime jurídico público, o qual o direito processual faz parte, funda-se no princípio da legalidade, da soberania estatal e na supremacia do interesse público.

Pois bem, se a relação entre o Direito Constitucional, antes limitado a estudar e sistematizar as estruturas políticas do Estado, e o Direito Civil, responsável por regular as relações privadas, sofreu intensa modificação ao longo da história, passando da separação absoluta à íntima convivência, imagine a relação entre o direito constitucionais e as normas processuais infraconstitucionais.

No paradigma do estado liberal, a constituição não se imiscuía no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do código civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia²⁶. É a fase do liberalismo jurídico, caracterizado por forte abstencionismo do

²⁵BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

²⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 49.

Estado e pela valorização do indivíduo e tudo aquilo que lhe respeita²⁷. O direito civil era o ramo do direito vocacionado a disciplinar a vida do cidadão.

No entanto, a crescente complexidade das relações humanas, impulsionadas por grandes transformações sociais, representou uma reação a corrente de pensamento liberal que inspirou as codificações do século XIX. O homem deixou de ser visto isoladamente, e passou a ser considerado membro do corpo social²⁸. Ao indivíduo foram reconhecidos direitos, poderes e faculdades na medida em que contribuíam para o bem-estar da coletividade.

A dinâmica social, dessa forma, influenciou a releitura dos institutos jurídicos, sob a perspectiva da solidariedade constitucional²⁹. Surge, assim, o Estado Social, multiplicando a intervenção do poder legislativo no campo privado assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos.

Sem embargos, a interferência do Estado nas relações sociais e econômicas, provocou o processo de publicização³⁰ do Direito, no sentido que o Estado passou a limitar a autonomia privada, impondo as relações negociais a observância das normas de ordem pública, fase conhecida de dirigismo contratual.

Assim, a progressiva superação do liberalismo econômico pelo intervencionismo estatal, afirmar Luís Roberto Barroso³¹, “trouxe tanto para o domínio privado quanto para o público, diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública”.

Por conta disso, praticamente todas as constituições ocidentais posteriores a segunda guerra consagraram expressamente direitos fundamentais processuais.

Tais normas, vale lembrar, são aquelas imperativas, de caráter cogente, obrigatório e proibitivo, que destinam, sobretudo, à proteção das equidade das partes durante o “jogo processual”, motivo pelo qual na relação processual é possível inclusive inverter o ônus da prova, nos termos do §1º do art.373 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

²⁷CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 131.

²⁸CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 132.

²⁹Idem, p. 132.

³⁰CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 64.

³¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Com efeito, se antes a divisão entre direito público e privado era clara, as novas demandas da sociedade massificada, tecnológica e informatizada, além da crescente conscientização social relativo aos direitos fundamentais, foi responsável por promover esta superação.

A fase atual, portanto, é marcada pela “passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler todo e qualquer direito, inclusive o processual”³². Como se vê, há regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos, assim como princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pode-se deduzir que a aplicabilidade dos direitos fundamentais não só modificou às relações privadas, mas sim todo ordenamento jurídico, tornando-o mais humanista. Circunstância atual que autoriza o qualquer sujeito de direito retirar diretamente da Constituição um direito ou garantia fundamental para opô-lo a outro indivíduo.

Verifica-se, de antemão, que ocorreu a modificação do eixo central do ordenamento jurídico. Se no antigo direito, construído sob os auspícios da racionalidade liberal-individualista do século XVIII e XIX, o Código Civil reinava no centro do ordenamento jurídico, agora é a vez das às normas Constitucionais ditarem as regras, propagando as diretrizes do ordenamento jurídico.

No caso do direito processual brasileiro, a Constituição de 1988 passou a disciplinar normas acerca do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da boa-fé objetiva, da cooperação entre as partes, litigância de má-fé, dentre outros assuntos

³²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392

específicos do Código de Processo Civil. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualista e constitucionalista, portanto.

Nas palavras de Humberto Ávila³³, cabe uma pequena digressão sobre a relação entre as normas; no caso, entre as normas processuais infraconstitucionais e as normas constitucionais. A relação entre elas não é puramente hierárquica, pois o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar pelo conteúdo da norma inferior. A eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca.

Dentro dessa nova visão e perspectiva jurídica do Estado Constitucional, o novo Código de Processo Civil, editado sob a vigência da Constituição Federal de 1988, consagrou expressamente em seu art. 1º, a norma elementar de um sistema constitucional mesmo não sendo necessário, pois sua ausência não ensejaria interpretação diversa, ao dispor:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Resta claro, diante do exposto, que qualquer norma jurídica brasileira somente poder ser construída e interpretado de acordo com a Carta Magna de 1988. Em outras palavras, a norma jurídica derivam da constituição e devem estar em conformidade com ela.

Percebe-se, assim, que a presença de tal disposto “é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição”, no entendimento de FredIE Didier³⁴, membro coordenador do projeto de Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

5 NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO VALORATIVO

A essa fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de neoconstitucionalismo. Há também que denomine esta fase de pós-positivismo. No entanto, para Fred Didier³⁵, em razão da vagueza dos vocábulos citados acima, prefere se referir a esta nova fase jurídica como um positivismo jurídico reconstruído ou neopositivismo.

No presente trabalho será utilizado a expressão neoconstitucionalismo face a Autora entender o termo mais adequado para traduzir a força das normas constitucionais no

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.140-141.

³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18, ed. Sacador: Jus Podivm, 2016, p.49.

³⁵ Idem, p.45.

momento atual da ciência jurídica. Seguindo a lógica do pensamento, entende também mais adequado utilizar o termo neoprocessualismo para mencionar as mudanças provocadas pelo reconhecimento da força das normas constitucionais especificamente no direito processual civil, que não ficou imune a toda essa transformação.

Nessa senda, cabe de forma sucinta e sem pretensão de exaurir o tema, apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo, ressaltando a transformação no papel dos magistrado, que face sua importância será abordado no tópico autônomo.

Como visto nas linhas acima, a característica ‘mór’, ou melhor, a causa de toda essa transformação do mundo jurídico é o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos seus princípios, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa³⁶.

Houve, portanto, a transformação de um Estado fundado na Lei – Estado Legislativo – para o Estado fundado na Constituição – Estado Constitucional³⁷, em que a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de atuação e centro unificador de todo o direito infraconstitucional.

Outro ponto importante, foi o desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa, isto é, o princípio deixa de ser técnica de integração do direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica.

Além disso, cabe mencionar a transformação da hermenêutica jurídica, que provocou a mudança da função jurisdicional no sentido que esta passou a ser vista como função essencial ao desenvolvimento do direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, conforme explica o doutrinador Fredie Didier.

Há ainda o fato importantíssimo, digno de aprofundamento, mas que não poderá ser feito no presente trabalho, evitando delongas desnecessárias, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto de interpretação daquele, motivo pelo qual o mesmo texto pode gerar normas até mesmo opostas e contrárias.

Por conta disso, consagra-se os postulados ou princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das normas, já que casos distintos, enquadrado no mesmo texto

³⁶DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18, ed. Sacador: Jus Podivm, 2016, p.42.

Fred 42

³⁷Idem, p. 42.

(*método da subsunção*), poderá desencadear interpretações distintas, e, por isso, a aplicação de diferentes normas jurídicas (*método da concretização*).

Por último, não menos importante, cita-se a consagração dos direitos fundamentais, que impõe ao direito um conteúdo ético mínimo, sempre em observância a dignidade da pessoa humana, e a utilização de cláusulas gerais, como técnica legislativa, que contribuem diretamente para o ativismo judicial.

Por outro lado, em que pese configurar de suma importância tais mudanças, há também o lado negativo, como a supervalorização das normas-princípios em detrimento das normas-regras, e por conseguinte, a supervalorização do método de ponderação em detrimento do método de subsunção, utilizado para a aplicação de princípios e regras, respectivamente.

Vale dizer que as regras são tão importantes e significativas quanto aos princípios, garantindo a segurança jurídica e simplicidade do sistema jurídico, motivo pelo qual não podem ser desprezadas ou tratadas com insignificância.

A supervalorização do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo também configura-se outro ponto de preocupação, visto que provoca grandes prejuízos a democracia e separação dos poderes.

De forma assertiva Daniel Sarmiento³⁸, aduziu que é nesse “cabo de guerra” entre o movimento pendular para o lado das transformações revolucionárias e para o lado das críticas retrógradas, que se encontra o equilíbrio do pensamento jurídico.

Assim, como bem utiliza a expressão Fredier Didier Jr³⁹, apenas faz-se necessário um *aggiornamento*⁴⁰ do repertório teórico do operador do direito, o que significa dizer que se faz imprescindível adequar esse novo conjunto de ideias a uma nova realidade social, examinando suas características e influência no direito processual civil.

Assim sendo, fala-se do neoprocessualismo: estudo e aplicação do direito processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico, que segundo ensinamentos de Fred Didier, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, denomina esta fase do desenvolvimento do direito processual de

³⁸SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: risco e possibilidades”. Disponível em: <www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf> Acesso em: 2018 jul. 2018.

³⁹DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 18, ed. Sacador: Jus Podivm, 2016, p.42.

⁴⁰Palavra Italiana de difícil tradução, utilizada durante o Concílio Vaticano II, no qual o Papa João XXIII popularizou o termo no sentido de atualização.

formalismo-valorativo, do qual a autora coaduna, motivo pelo qual destaca o seguinte trecho de sua obra:

“As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na expressão de Rodríguez Uribes. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação princípio da cooperação, que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se aqui o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores “neoconstitucionalistas”.

É de uma clareza solar, portanto, que a constitucionalização do direito processual é uma das características do direito contemporâneo. Isso faz com que todo o procedimento processual, inclusive, os meios alternativos de conflito como a conciliação, mediação e arbitragem esteja em observância ao formalismo ético do processo, que impõe a cooperação e boa-fé entres as partes.

6 PAPEL DOS JUÍZES NO NOVO MODELO

Nesse contexto de transformações sociais e jurídicas, não só o ordenamento jurídico propriamente dito foi afetado, como também o papel dos operadores do direito. A constitucionalização do direito, especialmente o processual civil, objeto do presente trabalho, atingiu diretamente a função dos magistrados.

Como visto acima, o Estado, enquanto regido exclusivamente pelas regras, valores, normas, princípios e garantias do clássico Estado Liberal de Direito, alcançou, sobretudo durante o século XX, a sua mais aguda crise.

Vários foram os fatores que levaram a crise do Estado Liberal de Direito, dentre os quais se destacam, de acordo com Ferrajoli⁴¹: a) Crise da legalidade; b) Crise da função social e c) Crise do conceito tradicional de soberania.

⁴¹FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trota, 2005, pag.20.

Em relação à crise da legalidade pode-se afirmar que decorreu em razão do poder do Estado permanecer sem limites bem definidos, já que seu exercício estava condicionado a limites meramente formais, isto é, à Lei. O direito, assim, tornou-se ineficiente para reger a complexidade das relações humanas na sociedade moderna, que, segundo Luiz Flavio Gomes, estão a experimentar uma *inflação legislativa*⁴², provocando uma falta de coerência entre suas normas e falta de presença do Estado no cumprimento de suas funções sociais.

Tal cenário ocasionou a transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, cuja premissa lógica reside no valor da dignidade da pessoa humana. Em outros termos, o Estado Democrático de Direito baseia-se em um novo paradigma de genealogia estóica, estruturada no cristianismo, no direito natural e no velho testamento⁴³.

Houve assim a evolução do governo de homens (Estado Absoluto) para o governo de Leis (Estado Legalista) e deste, para um novo modelo de Estado Constitucional, voltada para a proteção de direitos fundamentais, separação dos poderes e limitação do governo.

Não só isso, houve também, conforme defende Luiz Flavio⁴⁴, a transformação do juiz Jupteriano para o juiz Hermesiano. Essa transformação representou tanto a passagem do Estado Legalista para o Democrático, como a mudança da ordem jurídica baseada na cultura da lei para a cultura do direito, respectivamente.

Daí, importante esclarecer os quatro modelos de juiz, conforme se verá nas linhas abaixo, denominado Júpiter, Hercules e Hermes, e, atualmente, segundo definição de Carlos Alberto Simões de Tomaz⁴⁵ o juiz Jasão; que expressam concepções distintas de direito e atividade jurisdicional.

O juiz Júpiter seria aquele que desempenha a sua atividade interpretativa tendo como pressuposto a crença absoluta na teoria do ordenamento jurídico, cuja origem remonta a Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito. Era considerado, portanto, um “*ser inanimado*”⁴⁶, visto que seu papel era simplesmente fazer a subsunção do caso à lei, que já era considerada como o direito certo, provida de total certeza jurídica.

⁴²GOMES, Luiz Flavio. *O juiz e o direito: o método do diálogo e a magistratura na pós modernidade*. Ed. Salvador, Juspodivm, 2016, pag. 58.

⁴³ Idem, pag.58.

⁴⁴ Idem, pag.60

⁴⁵ Idem, pag.161

⁴⁶ Idem, pag.163

Assim, para o juiz Júpiter, as normas estariam postas numa cadeia hierárquica e estratificada no interior do ordenamento jurídico, de modo que uma Constituição escrita determinaria a atividade do legislador, ao passo que a atividade do legislador estabeleceria os marcos definidores da ação interpretativa do juiz, que só poderia se movimentar no espaço semântico a ele permitido pela norma jurídica superior.

Em outras palavras, o juiz Júpiter – característico do Estado Liberal - se limitava a atuar como a boca da lei, isto é, reproduzia a vontade do legislador, sendo a intervenção do juiz reduzida ao mínimo. Configura-se o Império da Lei, no qual sem dúvidas havia o predomínio maciço do poder legislativo em detrimento do judiciário. Nesse sentido, as duas principais legislações processuais da época foram o Código napoleônico de 1806 e o Código italiano de 1865.

Essa total liberdade social, econômica e jurídica implantada, ao invés de conduzir um desenvolvimento igualitário, contribuiu para a concentração de poder e desigualdades sociais, conduzindo, assim, ao surgimento do Estado do bem-estar social ou *Welfare State* e do juiz Hercules. Este “*carrega em seus ombros o peso das reformas sociais*”⁴⁷, ou seja, passou a ser “*senhor do direito e da justiça*”.

Trata-se do juiz assistencialista, ativista, com espírito revolucionário, que tenta imprimir em suas decisões o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados, a libertação dos oprimidos.

Em verdade, o juiz Hercules não só tem a função de enquadrar o caso a lei, mas também encontrar o direito aplicável ao caso e fundamentá-lo em sua decisão, sempre em atenção as normas superiores (princípios e normas constitucionais), já que deve garantir tanto a decisão do caso concreto litigioso quanto a criação da norma jurídica que seria a ele aplicado.

Isso ocorreu simultaneamente com o surgimento do Estado Social, pois nessa transição os juízes passaram a ter um papel mais ativo, ao mesmo tempo em que o processo deixou de ser um mero instrumento para a tutela de interesses privados e atuação da lei, passando a representar o exercício de uma função pública e soberana, com o objetivo de realizar o interesse público de administração da justiça.

Essa conjuntura levou a uma inexorável maximização da importância do Poder Judiciário e a ruptura de diversos paradigmas como liberalismo.

⁴⁷GOMES, Luiz Flavio. *O juiz e o direito: o método do diálogo e a magistratura na pós modernidade*. Ed. Salvador, Juspodivm, 2016, pag. 52.

Nesse contexto, a passividade do juiz Júpiter é substituída por um ativismo excessivo característico do Juiz Hercules, motivado por uma incessante busca pela realização da denominada “*Justiça Social*”.

Ocorre que o discurso defendido durante o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como o democrático, fascista e nazista. Nesse sentido, se frustra. Tomado pelo discurso da justiça social, promove diversas barbaridades, desviando de sua real concepção de Estado Social.

Surge então o Estado Democrático de direito, que tem assento o Juiz Hermes. Juiz Democrático que volta-se para a aplicação e preservação das garantias constitucionais, sobressaindo-se aqui o contraditório participativo e a duração razoável do processo. Torna-se, assim, verdadeiro agente garantidor do “processo justo”. A partir dele, deve expandir-se e consolidar-se uma nova consciência jurídica, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

A passagem do juiz Jupiteriano para o juiz Hercules, e, posteriormente para o juiz Hermesiano tem por base não apenas a evolução do Estado liberal de Direito para o estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social, senão também a visão neoconstitucional da ordem jurídica, que revela a evolução da cultura da lei para a cultura do direito, assim como da superação do legalismo pela fase constitucionalista⁴⁸.

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira e Alexandre Morais da Rosa⁴⁹, como tudo na vida, há problemas também com a atuação do magistrado Hermes, que muitos vezes passaram a realizar a justiça ao seu entender, criando a lei do caso concreto e ignorando a necessidade de segurança jurídica, o que, em certa vertente, deu azo a chamada “loteria jurisprudencial”.

Pode-se afirmar, portanto, que atualmente o mero conhecimento de leis e códigos não é suficiente para balizar sequer a direção de um julgamento que se pretende garantir a justiça, a qual para ser assegurada deve estar de acordo com as normas e princípios constitucionais, bem assim internacionais e supranacionais.

Ocorre que, em razão da complexidade das sociedades modernas (sociedade de risco de Ulrich Beck)⁵⁰, é bem capaz que o Juiz Hermes não consiga e nem esteja preparado para

⁴⁸GOMES, Luiz Flavio. *O juiz e o direito: o método do diálogo e a magistratura na pós modernidade*. Ed. Salvador, Juspodivm, 2016, pag. 60.

⁴⁹OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz*. Disponível em:< www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio> Acessado em 2018, junho de 2018.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. op cit, pag. 80.

solucionar os mais diversos conflitos - como ambientais, ecológicos, energéticos, bióticos, concorrenciais, políticos, cibernéticos – que lhe é submetido.

Assim, surge a figura do Juiz Jasão, defendido por Carlos Alberto Simões de Tomaz, em seu ensaio de pós-doutoramento da Universidade de Coimbra, diferentemente dos juízes Júpiter, Hercules e Hermes, o juiz Jasão seria aquele que sabe que não pode decidir o conflito sozinho, individualmente, apenas com seu conhecimento técnico e legalista. Fato que necessita e reconhece a importância de outros profissionais ou “atores sociais” detentores de qualificações e funções específicas para colaborar com sua missão”.

Em outros termos, o juiz Jasão seria então o responsável por mediar as diversas partes integrantes do processo, utilizando o diálogo como ferramenta ou instrumento para alcançar sua decisão sempre em observância aos princípios e valores da comunidade.

A ideia vinculada ao juiz Jasão representa e comprova que na pós modernidade, face a complexidade do meio social, o método dialógico de resolução de conflito é mais eficaz e deve prevalecer sobre o método dialético, pois os problemas e conflitos sociais levados ao poder judiciário são tão multidisciplinar, que as decisões judiciais serão mais assertivas quando exaradas no nível contextual e relacional de conhecimentos externos, do que as decisões puramente tecnicista, que, por muitas das vezes, resolve a questão de forma pontual, mas não a lide social.

Vale dizer que quando os meios e técnicas de resolução alternativa de conflitos, como a negociação, conciliação e mediação, não forem suficientes para resolver a questão apresentada, a responsabilidade é transferida para o juiz, que, não obstante, possuir conhecimentos especializados sobre uma multiplicidade imensa de objetos, deverá resolver a lide com a ajuda de outros colaboradores super-especializados como peritos, professores, entidades, sociedade civil, dentre outros.

Diante do exposto, pode-se concluir que a figura do juiz Jasão, conforme entendimento de Luiz Flávio:

“Não consiste, evidentemente, em irracionalmente pretender saber tudo sobre cada pratica, cada controle, cada mecanismo de ação da natureza e da sociedade. Isso está muito além do que o ser humano pode fazer. Daí a imperiosa necessidade de ouvir e de se fazer acompanhar de outros atores sociais especializados, que possam emprestar luzes p0ara

a solução dos problemas apresentados, com seus conhecimentos disciplinares altamente refinados”⁵¹.

Como exemplo dessa atuação, pode ser indicado as audiências públicas realizadas pelo Superior Tribunal Federal, para colher informações específicas acerca do caso concreto, através de profissionais com conhecimento técnico, antes de deliberar sobre o tema, que, sozinho, individualmente e sem qualquer contato externo, não resolveria de forma satisfatória apenas com o tecnicismo jurídico.

Percebe-se, portanto, a evolução dos modelos de juízes, desembocando no novo modelo de magistrado mediador, isto é, interlocutor entre as partes do processo.

Se já não havia mais espaço para o modelo de juiz Júpiter, que estava adstrito à pirâmide de normas, não se preocupando com a realidade social de cada indivíduo; também não há para o modelo de juiz Hércules, caracterizado pela figura do juiz-assistencialista típico do Estado Social do século XX; no mesmo caminho está indo o juiz Hermes, que embora possuir o ativismo judicial como bandeira, atua sozinho e de forma isolada, o que levará a sua substituição pelo Juiz Jasão, que atento aos mudanças sociais e a globalização dos conflitos, sabe que não poderá resolver o conflito sozinho, necessitando de uma rede de colaboradores com conhecimentos técnicos específicos para além dos meios tradicionalmente cultivados para as práticas jurídicas, sendo ele apenas o mediador dos princípios e valores de uma comunidade.

Atualmente é cediço e reconhecido que o direito começa pelo constituinte, isto é, poder legislativo, e termina com o juiz, que deve encontrar a solução do caso concreto utilizando o diálogo das fontes, desde que não seja contrária aos princípios constitucionais e a lei. Essa mudança de paradigma demonstra a grande responsabilidade atual do magistrado, já que a mera subsunção do fato a lei, antes suficiente para a resolução do conflito, não passa agora de mero ato inicial a atividade judicante.

Assim, o processo no Estado Democrático de Direito não se satisfaz com o regular e formal acesso à justiça, demandando que se proporcione uma tutela procedimental e substancialmente justa a quem quer que necessite, levando a uma nova dimensão do devido processo legal, hoje encarado como “*Processo Justo e Dialógico*”. Há que se buscar, portanto, o modelo constitucional do processo, isto é, “o conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.

⁵¹GOMES, Luiz Flavio. *O juiz e o direito: o método do diálogo e a magistratura na pós modernidade*. Ed. Salvador, Juspodivm, 2016, pag.164.

7 MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O pensamento processual civil contemporâneo, como visto acima, busca a efetiva participação não só dos sujeitos processuais, como de colaboradores especialista no procedimento como fundamento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional (ato decisório). Tal postura contribui para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, pois insere a ideia de democracia participativa no âmbito do exercício do poder jurisdicional.

Nessa senda, a doutrina tradicional costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Mas atualmente há um terceiro modelo: o processo cooperativo, que, conforme será demonstrado é o modelo que melhor se enquadra no contexto atual, se mostra mais adequado para resolver as complexas lides da sociedade moderna, além de se compatibilizar com a figura do juiz Jasão.

Costuma-se definir por processo adversarial aquele em que prepondera a atividade das partes na condição material e formal do processo⁵². Em outros termos, as partes assumem papel principal, cabendo a elas, e apenas a elas, a iniciativa da prática dos atos processuais apontados como pontos sensíveis, isto é, a provocação do judiciário, a delimitação do objeto do processo e da sentença, a revelação dos fatos relevantes ao julgamento e as iniciativas para a demonstração desses fatos, entre outros. Fala-se, por isso, que, no modelo adversarial, prepondera o princípio dispositivo, isto é, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado princípio-dispositivo.

Nesse espaço de veneração da autonomia privada, em que o processo é considerado propriedade dos litigantes, no sentido que as partes são donas da lide – *dominus litis* – resta ao juiz papel de pouca expressão no desenrolar da dialética dos contendores em juízo.⁵³

Essa premissa que norteia o modelo adversarial, qual seja: da passividade e neutralidade do juiz, visa garantir uma disputa justa, isto é garantir a igualdade formal entre os litigantes. Assim, claramente relaciona-se com a figura do Juiz Júpiter, possuindo forte ligação com a ideologia liberal, que ao contrapor Estado e Sociedade, defende a ideia de

⁵²BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Ed. Jus podivm, 2013, p.65

⁵³Idem, pag. 77

que a limitação do poder estatal é indispensável a garantia dos direitos fundamentais de liberdade. Do Estado exigem-se apenas prestações negativas, ou seja, não intervenção na sociedade e, sobretudo, na economia.

No entanto, assim como no liberalismo econômico, ao propugnar pela igualdade formal entre as pessoas, contribui para acirrar diferenças sociais e perpetuar o *status quo* de dominação do economicamente mais forte (burguesia) sobre o mais fraco (preletariado), o modelo adversarial revelou-se demorado, custoso e complexo, dando espaço para o surgimento de outro modelo que se contabilize com os anseios sociais da época.

Nesse novo contexto, passa-se a exigir do Estado ações positivas para combater as arbitrariedades do poder econômico e as desigualdades sociais⁵⁴. O estado torna-se interventor, integrante participativo da sociedade, a fim de garantir e efetivar direitos fundamentais, é a fase do Estado do bem-estar social ou *Welfare State*, do juiz *Hercules* e do modelo de processo inquisitorial.

Assim, em linha gerais, trata-se de um modelo processual marcado pela iniciativa judicial, com forte aumento dos poderes do juiz no processo e subsidiariedade papel das partes na condução do feito, que não só perdem a primazia na instrução probatória como passam a ser visto como fontes de informação. A passividade judicial cede lugar a um juiz atuante, que deixa de ser um mero arbítrio para se torna um verdadeiro gestor do processo.

Em outras palavras, o sistema em epígrafe, posiciona o juiz como protagonista do processo, conferindo-lhe amplos poderes de impulso processual. Ao invés de aguardar a iniciativa das partes, a maioria dos atos processuais pode ser por ele praticada, tais como instrução probatória, fixação de prazos, conhecer fatos de ofício, dentre outros.

Ocorre que, conforme visto no tópico acima, essa nova distribuição de força entre juiz e partes, totalmente opostos aos verificados no processo adversarial, gerou inúmeras críticas doutrinárias acerca da legitimação da atuação judicial nesse modelo, tanto mais por ter sido ele abraçado por regimes políticos autoritários, face o papel de primazia que confere ao órgão jurisdicional em detrimento daquele ocupado no processo pelas partes no modelo adversarial.

Nesse contexto de insatisfação jurídica, surge o novo modelo processual, qual seja, o cooperativo, baseado no princípio constitucional da cooperação. Se antigamente existiam dúvidas sobre a aplicação desse princípio ao ordenamento jurídico brasileiro, por não

⁵⁴BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Ed. Jus podivm, 2013.

possuir norma jurídica expressa nesse sentido, o novo código de processo civil tornou inquestionável a existência de tal princípio, nos termos do art.6º, *in verbis*:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O modelo cooperativo traduz, nas palavras da professora Lorena, um novo paradigma na divisão de tarefas entre partes e juiz. A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)⁵⁵, capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo⁵⁶.

Nesse modelo, não se fala em protagonismo das partes ou de juiz, mas sim da comunidade de trabalho em que todos os sujeitos processuais assumem papéis igualmente relevantes. E dessa diferente premissa decorrem diversas consequências, na medida em que cada ato processual deve ser construído por todos, e até mesmo a decisão, que é atividade exclusiva do juiz, passa a ser resultado dessa cooperação.

Em outros termos, esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. Nem às partes nem o juiz se reserva o papel primordial do processo, todos possuem o mesmo grau de importância, desempenhando cada um seu papel.

O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside nos deveres de cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do feito, como o advogado, testemunhas, auxiliares de justiça, membros do Ministério Público e Defensoria Pública, dentre outros. Todos colaborando para o atingimento da justa composição do litígio.

Mas o fator de maior distinção deste modelo com relação aos demais está nas posições jurídicas processuais que o magistrado assume. Não mais passivo e não mais superior as partes, o exercício de sua função passa a ser visto sem se falar em equidistância das partes,

⁵⁵BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Ed. Jus podivm, 2013, pag. 179.

⁵⁶Idem.

porque não se privilegia a distância, mas sim a proximidade, o diálogo, a colaboração e não surpresa, é o ambiente propício para o desenvolvimento do Juiz Jasão.

O órgão jurisdicional, em suma, conforme bem explica Fredie Didier, assume uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico no momento da decisão, visto que não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na divisão do trabalho, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio⁵⁷. No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva.

Pode-se dizer que a decisão judicial – ato de poder - é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado.

O modelo cooperativo, em suma, afasta-se da ideia liberal de processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma luta ou guerra entre as partes. O processo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. O que há é uma condução cooperativa, com uma comunidade de trabalho, sem destaques para qualquer um dos sujeitos processuais.

Pelo que foi expostos nos itens anteriores, conclui-se que a cooperação é um modelo de processo que diminui o protagonismo judicial e objetiva eliminar o solipsismo⁵⁸, sendo igualmente um princípio com base no qual se objetiva exatamente ampliar o debate e reconfigurar as regras do contraditório, com imposição de deveres a todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz.

Por fim, do ponto de vista ético, o modelo cooperativo pressupõe o respeito, por todos os sujeitos processuais, a boa-fé em sua dupla perspectiva, qual seja: subjetiva e objetiva, conforme explanado no terceiro capítulo do presente trabalho. Além de estimular e incentivar a utilização dos meios alternativos de resolução de conflito (*Alternative Dispute Resolutions*)⁵⁹.

⁵⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁵⁸BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Ed. Jus podivm, 2013, pag. 179.

⁵⁹PINTO, Lucas Simão. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Disponível em www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17104&revista_caderno=21> Acesso em: 2018 maio.

Os ADR, surgem, de modo oportuno e compatível com o modelo de processo cooperativo, no sentido que resgatam a autonomia das partes, colocando-as no mesmo nível de equidistância do magistrado, que passa ser o interlocutor ou intermediador do diálogo entre elas, garantindo sempre o padrão ético de comportamento, conforme restará demonstrado no capítulo abaixo.

CAPÍTULO II

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Como visto acima, diante da força normativa da constituição e do modelo de processo cooperativo, exigindo do juiz uma postura dialógica, é saliente a necessidade de se aprimorar e ampliar as formas de acesso à justiça diante da ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os conflitos de uma sociedade moderna.

Assim, o presente trabalho neste capítulo tem por objetivo analisar os meios alternativos de resolução de conflitos como mecanismos modernos e eficazes para pacificação social e atendimento do princípio da efetividade processual. Nesse sentido, será observado o papel central que o Juiz (Jasão) irá desempenhar de acordo com o Novo Código de Processo Civil para incentivar a conciliação e/ou a mediação, construindo assim um “sistema multiportas”⁶⁰ para a composição da lide social.

2 CONFLITO

Inicialmente, faz-se necessário discorrer sobre o conceito, a ideia e o sentido de conflito e como ele se instaura, para poder compreender, posteriormente, as formas e os meios de solucioná-los tanto no âmbito extrajudicial como judicial.

Nesse sentido, de forma breve, pode-se afirmar que o surgimento do conflito ocorre quando há situações antagônicas, caminhos e interesses opostos, nas quais se faz necessário uma tomada de decisão por parte dos indivíduos no meio social.

⁶⁰ Fernanda ta 70

Em outros termos, o conflito social surge em razão dos pontos de vistas incompatíveis e duais dentro da comunidade, haja vista a formação de grupos sociais com opiniões ideológicas, filosófica e políticas, além de crenças e valores diferentes.

Para entender melhor, cabe frisar a relação entre indivíduo e sociedade, já que só há conflito onde há relação e interação social.

Assim, a Sociologia⁶¹, ciência social que estuda cientificamente o comportamento social e as interações humanas, apresenta o conflito “*como o desequilíbrio de forças do sistema social que deveria estar equilibrado quanto à forças que o compõe*”.

Isso se dá porque a sociedade não é estável e imutável, pelo contrário, está em constante transformações face a dinâmica existente entre suas instituições como família, escola, religião, política, economia, mídia, dentre outros, e seus indivíduos; que estão estritamente conectados e interligados, sofrendo ambigualmente interferência um no outro.

Essa relação entre indivíduo e sociedade foi amplamente discutida entre os principais sociólogos, dentre os quais se destaca Emile Durkheim⁶² e Max Weber⁶³. Para o primeiro, a sociedade é considerada um todo social externo ao indivíduo, e, por isso, determinadora de suas ações. Por sua vez, para o segundo sociólogo, em sentido oposto, a sociedade é formada pelos conjuntos de interações sociais, ou seja, pelos conjuntos de indivíduos que a compõe.

Percebe-se que o conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis. Sendo muitos os fatores que podem desencadeá-los, como a limitação de recursos, a ocorrência de mudanças, a resistência a aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito a diversidade e a insatisfação pessoal.

Considerando que o presente trabalho não visa discutir e aprofundar o conflito no contexto sociológico, e sim objetiva analisar os meios alternativos de resolução de conflito como instrumento eficaz de pacificação social, em observância a boa-fé, prescindível prolongar tal discussão. Bastando mencioná-la para ajudar a compreensão

⁶¹SCOTT, John. *50 Sociólogos Fundamentais*. Editora Contexto. 2007

⁶²DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa*. Editora Martins Fontes.

⁶³WEBER, Max. *A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo*. Editora Companhia das Letras. 2004

da formação do conflito social, o qual ocorre tanto pela interferência da sociedade no indivíduo, como deste naquela.

Desse modo, de acordo com o dicionário Aurélio⁶⁴, conflito pode ser entendido como controvérsia, disputa, embate, oposição, divergência, pendência, lide, litígio.

No mundo jurídico, mais precisamente, dentre os termos citados acima, lide ou litígio é mais comumente utilizado, para representar o entrelaçamento de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas.

De qualquer modo, por figurar expressões sinônimas, o presente trabalho não fará diferenciação entre os termos, até porque a Lei de Mediação⁶⁵, aborda conflito e controvérsia como sinônimos, conforme se nota abaixo:

Art. 1º da lei 13.140/2015 - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O Código de Processo Civil⁶⁶, trata com a mesma sinonímia os termos apresentados, em seu art. 3º, §2º e art. 694, *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.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Portanto, resta claro que conflito, controvérsia, desavenças dentro outros possuem o mesmo significado. Apenas, a palavra disputa tem uma conotação diferenciada, uma vez

⁶⁴Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=dicionario+aurelio&oq=dicionario+aurelio+&aqs=chrome..69i57j0l5.2840j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acesso em maio 2018.

⁶⁵Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso junho 2018.

⁶⁶Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105> Acesso em maio, 2018.

que estaria englobada dentro do vocábulo conflito. No fim, representando de qualquer sorte o mesmo: divergência, seja por motivações ou objetivos distintos.

Para efeitos do presente trabalho, cuja autora possui uma visão prática em detrimento da acadêmica, concorda com a ilustre professora Fernanda Tartuce⁶⁷ que dispõe:

Discussões teóricas em que conceitos são criados e discutidos sobre “conflito e disputa” e se estas devem ser “resolvidas ou dissolvidas” não são relevantes, motivo pelo qual não será dispendido muito tempo acerca dessas questões.

Nessa senda, instaurada, há várias formas de tratar as desavenças sociais. Cabe mencionar alguns métodos, como: a) **Prevenção**, que visa através de exemplos já ocorridos evitar conflitos futuros; b) **Gestão**, que objetiva apenas administrar os conflitos imaturos ou dos insolúveis; c) **Solução**, que pode seguir dois caminhos, quais sejam: c.1) **Dissolução**, que representa a eliminação do conflito; c.2) **Resolução**, que, por sua vez, é subdividida em **meios endógenos**, que abarca a negociação, diálogo, votação; e **meios exógenos**, que engloba a intervenção de um terceiro: facilitação, mediação, conciliação, arbitragem, processo judicial – os quais este trabalho irá se adentrar⁶⁸.

Em comum, é possível afirmar que todos os meios visam encontrar uma solução pacífica para a controvérsia, minimizando os efeitos negativos do conflito, isto é, as perdas para uma das partes envolvidas. A possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito.

Importante, portanto, faz a normalização do conflito, entendido como algo comum a todo indivíduo e sociedade, decorrente da interação humana. No entanto, mais importante ainda é a forma com o indivíduo, a sociedade, e principalmente o Poder judiciário se põe diante dele, assim como busca sua resolução.

Na atual sociedade moderna, informatizada e tecnológica, torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção, motivo pelo qual ganha espaço os meios alternativos de resolução de conflito, que permitem e estimulam as partes a encontrar a própria resposta para a crise vivenciada.

A busca, portanto, de meios que possibilitem o consenso vem sendo a tônica nas organizações, na legislação e na atuação dos órgãos estatais da administração da justiça;

⁶⁷TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pag.

⁶⁸ Idem, pag. 04

Afinal, é exatamente vantajoso que as partes se comuniquem para buscar superar seus impasses, além de colocar o principal elemento do conflito em destaque, qual seja: o ser humano.

Ultrapassadas essas questões iniciais, adentraremos aos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos Sociais (Alternative Dispute Resolutions-ADR) ou equivalentes jurisdicionais⁶⁹.

3 AUTOTUTELA OU AUTODEFESA

Como cediço, o Estado não possui o monopólio exclusivo para a resolução de conflitos. O direito permite que as partes utilizem outros meios diferentemente da jurisdição estatal para compor a crise que vivencia.

A autotutela ou autodefesa é a forma mais antiga de solução de conflito, remontando a justiça privada, já que é utilizada quando o indivíduo utilizando suas próprias forças ou meios seja ele econômico, social ou político, para garantir seu interesse em desfavor de outrem.

Segundo Fernanda Tartuce⁷⁰ é um instrumento precário e aleatório, pois não garante propriamente a justiça, mas sim a vitória do mais forte, esperto ou ousado sobre o mais fraco ou tímido. Já nos dizeres de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a autotutela é o meio de solução “egoísta do litígio”⁷¹

É evidente que uma solução de conflito resultante do exercício da força não é a forma de solução de conflitos que se procura prestigiar num Estado Democrático de Direito. No entanto, considerando que o Estado não é onipresente, ou seja, não está presente em toda e qualquer situação para garantir o cumprimento da norma, é possível compreender a existência e reconhecimento do instituto pelo Estado.

Mesmo consentido e moderado pelo Estado, cabe frisar, que a autotutela deve ser utilizada de forma excepcional e sempre de acordo com os princípios da razoabilidade e boa-fé.

Como exemplos, pode ser citado as seguintes hipóteses previstas no Código Civil:

⁶⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 05

⁷⁰TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pag.20

⁷¹ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposicion y autodefensa: contribucion al estudio de los fines del proceso*. Cidade do Mexico: uham, 1991, p.13.

a) Legítima defesa

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

b) Estado de necessidade

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

c) Apreensão do bem com penhor legal

Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção:

I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;

d) Desforço imediato do esbulho

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

e) Direito de cortar raízes em arvores limítrofes

Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

f) Direito de retenção de bens

Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias

úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.

Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas.

Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu.

Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso.

Observa-se, assim, que não obstante esse instituto ser movido pelo anseio privado e egoísta, não sendo eficaz na busca da justiça, é consentido e reconhecido expressamente pelo Estado, que, segundo Niceto “tolera certas válvulas de escape para evitar a sobrecarga dos Tribunais”⁷². Caso contrário, só agravaria a situação que existe hoje de abarrotamento do poder judiciário, em que o Estado não tem condições de solucionar todos os conflitos apresentados.

4 AUTOCOMPOSIÇÃO

Ainda com ausência de um terceiro com poder decisório para definir o impasse, as partes na autocomposição “substitui o uso da força pela razão”⁷³. O fundamento do instituto é o sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral dos sujeitos, o que é mais condizente com o Estado Democrático de Direito.

Em outros termos, “há um consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio no todo ou em parte, caso em que se opera a resolução

⁷²ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposicion y autodefensa: contribucion al estudio de los fines del proceso*. Cidade do Mexico: uham, 1991, p.21.

⁷³Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 05.

altruísta pela autocomposição”⁷⁴.

Oportuno mencionar que os meios autocompositivos podem ser utilizados tanto na fase pré-processual ou no processual propriamente dita, no qual os juízes devem assumir esse dever fundamental de estimular e incentivar a prática de tais métodos. Afinal, é exatamente vantajoso que as partes se comuniquem para buscar superar seus impasses.

Cumpra observar que a autocomposição pode ser exteriorizada de forma unilateral, como ocorre na renúncia, na submissão, na desistência, no reconhecimento jurídico do pedido; e bilateral a exemplo do que ocorre na negociação, na conciliação, na mediação.

Considerando que o presente trabalho visa detalhar mais profundamente os meios autocompositivos bilaterais, não serão feitas análises minuciosas sobre os institutos unilaterais autocompositivos citados acima.

Cabe ainda mencionar que o Código de Processo Civil foi muito feliz e avançou no tema, consolidando expressamente a conciliação e a mediação como métodos autocompositivos bilaterais, pilares de um novo modelo do processo civil brasileiro.

Com efeito, o legislador brasileiro adotou a concepção de um “multi-door courthouse”⁷⁵, ou seja, um processo multiportas em que será verificado no caso concreto qual o mecanismo mais adequado para resolução do conflito e pacificação social.

A própria “exposição de motivos”⁷⁶ do Código de Processo Civil, afirmar Luís Pinto Simão⁷⁷, deixa clara a importância da conciliação e da mediação como meios alternativos de resolução dos conflitos e que esse modelo deve ser prestigiado pela cultura jurídica brasileira. A bem da verdade, segundo ele, a mediação e a conciliação passam a fazer parte de um sistema integrado de resolução de disputas em que o objetivo central não é (apenas) o julgamento do processo e evolui para a resolução do conflito e pacificação social.

Assim, vamos adentrar sobre mais profundamente sobre esse institutos que se coadunam

⁷⁴TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pag.26

⁷⁵SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russel R.. *The pound Conference: perspective on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979, págs 83/85.

⁷⁶Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf> Acessado em junho 2018.

⁷⁷Pretendeu-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. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.”

perfeitamente com o novo aspecto da ordem jurídica em vigência, que preza pela cooperação e padra o ético de comportamento, tendo a constituição como norte, centro do direito.

4.1 MEDIAÇÃO

Como bem coloca Fernanda Tartuce, existem situações que as partes sozinhas não conseguem comunicar-se de forma harmônica capaz de compor a controvérsia. Nessas situações, é recomendável a presença de um terceiro imparcial que contribuirá para a restauração do diálogo entre as partes por meio de técnicas de mediação ou conciliação. Quando as pessoas e as instituições não conseguem resolver suas desavenças por meio de negociações direta, é imprescindível levar o conflito a um mediador, que vai facilitar a comunicação entre os interlocutores para que se chegue a uma solução possível. Para tanto, deve haver o estímulo a cultura autocompositiva.

A mediação, desse modo, é uma forma alternativa de solução de conflito fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposicao, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela, a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito.

A mediação dentro do modelo de processo cooperativo, pode-se afirmar, é fundamental no sentido que busca a solução do conflito, através de técnicas bem específicas, sem qualquer decisão impositiva, embora haja a figura do terceiro, preservando plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas, conseguindo, dessa maneira, a pacificação social. Nesse sentido, a mediação é definida como um processo autocompositivo, que oferece àqueles que estão vivenciando qualquer conflito de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar suas questões, auxiliados por terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que facilita a comunicação entre as partes auxiliando-as na busca de uma solução ao conflito.

De forma mais técnica, a Lei nº 13.140/2015, considera-se mediação “*a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”⁷⁸.

⁷⁸Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso junho 2018.

Desse modo, percebe-se que o mediador de conflitos ajuda as pessoas a se comunicarem melhor, por meio de técnicas específicas a este processo, a negociarem e, se possível, a chegarem a um acordo. Seu objetivo é fazer com que as partes olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

Cabe frisar que o mediador não deve possuir vínculos nem interesses com as partes envolvidas e ser totalmente isento e capacitado tecnicamente para facilitar a comunicação entre as partes. A imparcialidade desse terceiro é essencial para o sucesso do processo de mediação, que serve a uma variedade de propósitos, permitindo que os mediados determinem ou esclareçam questões controversas, entendam outras perspectivas de uma mesma questão, identifiquem seus interesses, explorem e avaliem possíveis soluções para o conflito e alcancem um acordo mutuamente satisfatório quando possível.

Em outros termos, a função do mediador, como terceiro imparcial e isento, é exatamente aproximar as pessoas para que elas possam compreender melhor as circunstâncias do conflito, já que é normal existir falhas e ruídos na comunicação entre pessoas, ainda mais em uma situação de crise. Assim o mediador organiza a comunicação para que ela se realize de forma eficiente, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro⁷⁹.

Não cabe ao mediador, dessa forma, segundo Fernanda Tartuce:

“dar qualquer parecer quanto ao mérito do conflito, mas tão somente atuar como agente facilitador, ajudando as partes a chegarem a uma solução negociada de seu conflito. O mediador, enfim, limita-se a incentivar a busca de um acordo, sem, entretanto, tomar qualquer partido ou julgar e busca dar oportunidade para que as partes possam ser reconduzidas aos reais interesses envolvidos na disputa. Na mediação não há, portanto, decisão”⁸⁰.

No Brasil, embora a regulamentação da mediação como um método adequado de solução de conflitos seja recente, através da Lei 13.140/2015, acabou impulsionando importantes mudanças culturais no cenário brasileiro. Pois, o próprio Código de Processo Civil valorizou e disciplinou as formas alternativas de resolução de conflito, nos termos do art.3º, §2º, *in verbis*:

⁷⁹ VEZZULLAA, Juan Carlos. Mediação, cit, p.26-27.

⁸⁰ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág 208.

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.

Além disso, destinou um capítulo inteiro a regulamentar a atividade dos conciliadores e mediadores judiciais, entre os artigos 165 a 175, ou seja, há de fato um incentivo a prática colaborativa durante o procedimento judicial, confirmando o novo modelo de processo vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Muito embora o código regular a mediação judicial, esse instrumento pode ser utilizado também na fase pré-processual, ou seja, antes de ser iniciado o processo judicial, o que é bem melhor, no sentido que o ideal é que os meios alternativos de resolução de conflito evitassem a existência do processo judicial, vale transcrever as palavras de Daniel Sarmiento:

“Ainda que por razões óbvias tal capítulo se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria elas justamente evitassem sua existência, o novo código de processo civil é inovado e as da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e por consequência a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição”.

Continua o ilustre doutrinador:

“Se há essas formas consensuais de conflito, é melhor que exista uma estrutura organizada e um procedimento definido e inteligente para viabilizar sua realização da forma mais ampla possível”.

Resta claro que a mediação pode ser realizada extrajudicialmente ou antes de um processo judicial ser iniciado, mas o fato de haver um processo arbitral ou judicial em curso não impede que as partes possam submeter-se à mediação. No entanto, como o mediador não impõe uma decisão, no caso de o conflito não ser elucidado segundo a vontade das partes, elas podem recorrer a outros mecanismos extrajudiciais e judiciais

para a resolução do conflito, como iniciar o processo judicial.

Dentre as vantagens da mediação é possível destacar: a) celeridade na resolução dos conflitos; b) confidencialidade; c) flexibilidade; d) informalidade do processo; e) baixo custo; f) previsibilidade de recursos; g) maior controle sobre o procedimento; h) redução do desgaste emocional; i) melhoria do relacionamento; j) criação de um ambiente de colaboração.

Essas vantagens são decorrentes da ordem principiológica do instituto, que objetiva não só o fechamento de um acordo entre as partes, e sim, de fato pela busca da resolução da lide social.

Assim, em uma perspectiva mais ampla, assertivamente Fernanda Tartuce discorre “*para o êxito da mediação não é essencial que as partes celebrem um acordo formalizado, nem que este seja objeto de uma transação homologada em juízo. A mediação bem-sucedida é aquela em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador, as pessoas se habilitam a retomar a comunicação de maneira adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual, ainda que não fechando o acordo*”⁸¹.

Por esse viés, chama-se atenção para os princípios norteadores⁸² desse instituto, previsto tanto na lei de mediação como no código de processo civil:

- a) **imparcialidade** do mediador, que pode ser entendida como a ausência de favoritismo, preferência ou preconceito em relação a uma das partes;
- b) **isonomia** entre as partes, que garante que todos os lados devem ser tratados com igualdade;
- c) **oralidade**, uma vez que a maioria das intervenções na mediação é feita por meio do diálogo, primando-se pela oralidade da linguagem comum;
- d) **informalidade**, que caracteriza a mediação como um procedimento simples, no qual o direito de se expressar é conferido às partes, mas sem burocracia e formalidade;
- e) **autonomia** da vontade das partes, que confere a elas a faculdade de escolher esse método como forma de lidar com o seu conflito, além da liberdade de tomar as decisões que melhor convierem no decorrer do processo de mediação, inclusive, a opção pela continuidade ou não no processo;
- f) **busca do consenso**, que se refere à busca conjunta por um acordo benéfico para

⁸¹TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág56.

⁸²ALMEIDA, Tania. Caixa de Ferramentas em mediação: apostes práticos e teóricos. Dash Editora: São Paulo, 2º ed, 2016.

todos os lados;

g) **confidencialidade**, que respeita a garantia de que as informações não serão repassadas a outras pessoas alheias à mediação, criando, portanto, um clima de confiança com o mediador e entre as partes;

h) e, por fim, a **boa-fé**, que reconhece a disposição das partes que devem agir com lealdade e honestidade, que será abordado com mais detalhe no presente trabalho.

Com efeito, a base principiologica da mediação propicia o conhecimento amplificado e multifacetados das origens da controvérsia, habilitando as partes a construir, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória, ou menos insatisfatória à sua realidade interna e externa⁸³.

Para tanto, o procedimento desse instituto respeita totalmente a vontade das partes, reconhecendo a autonomia dos envolvidos, que podem decidir interromper o procedimento a qualquer momento, sem prejuízos ou consequências jurídicas. A permanência na mediação é uma escolha voluntária.

Em que pese tamanhas vantagens, a mediação no Brasil ainda é pouco utilizada, são vários motivos que contribuem para tal situação, seja a falta de cultura autocompissitiva, em oposição a cultura litigante na qual as pessoas estão habituadas a recorrer à judicialização como maneira de resolver seus problemas; seja a recente regulamentação legal; seja a falta de familiaridade do assunto, seja ainda por exigir uma postura ativa e de responsabilização individual e social.

Para rever esse quadro, faz-se necessário que as pessoas envolvidas com a mediação estejam altamente capacitados, transmitindo segurança e confiança para as partes, além de explicar o que é e do que se trata o procedimento o para as partes, seus objetivos e vantagens. Além disso, é importante que deixe claro que a mediação é benéfica para ambos os lados, pois ao estimular a colaboração e a cooperação permite que os acordos celebrados satisfaçam o maior número possível de interesses. Conclui-se com o presente trabalho que os meios alternativos de conflito não constituem “fórmulas mágicas”⁸⁴ de resolução de conflitos, mas são mais eficazes na resolução da lide social vez que a solução das controvérsias é derivada da vontade das partes, que sempre deve estar em acordo com a boa-fé e os preceitos éticos de comportamento.

Quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos, e,

⁸³TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág.53.

⁸⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 09.

por conseguinte, o poder judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e aqueda as aspirações do acesso a ordem jurídica e justa.

No mesmo sentido, Lucas Pinto Simão, discorre que “*o plano do movimento universal do acesso à justiça trabalha com a utilização dos chamados meios alternativos de resolução dos conflitos (Alternative Dispute Resolutions) e que tem como principal objetivo a eficácia da tutela jurisdicional conferida ao cidadão e como objetivos secundários a diminuição da carga do serviço judiciário e o retardo da prestação jurisdicional*”⁸⁵.

Percebe-se e concorda com a professora Fernanda Tartuce que a mediação se coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça embasado nas noções centrais de cooperação e conciliação.

4.2 CONCILIAÇÃO

A conciliação, por sua vez, também integrante e considerado o método autocompositivo, possui uma técnica parecida com a mediação, mas com peculiaridades que a tornam instituto único e individualizado.

Diferentemente da mediação, o terceiro também imparcial “*intervém para, mediante atividade de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas para a controvérsias, sem, todavia, força realização do pacto*”⁸⁶.

Assim, percebe-se que o conciliador atua de preferência nos casos em que não houver vínculo afetivo, em questões mais pontuais, podendo sugerir soluções para o litígio. Possui, portanto, uma postura mais ativa perante as partes.

O objetivo do conciliador, nesse contexto, é buscar um acordo, “que evite complicações futuras, com dispêndio de tempo e dinheiro”⁸⁷.

Conforme aponta Rodrigo de Almeida Magalhães⁸⁸, o conciliador não precisa ser neutro e tem papel ativo extremamente relevante durante a conciliação, uma vez que pode interferir no mérito das questões, inclusive, manifestando e sugerindo sua opinião sobre

⁸⁵Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf>. Acesso em maio de 2018.

⁸⁶TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág. 49

⁸⁷Idem, pag. 49

⁸⁸MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Formas Alternativas de resolução de conflitos. Belo Horizonte. RHJ, 2008. Pág 28

a solução mais justa parâmetros para o acordo.

José Maria Rossani Garcez⁸⁹, em sua obra *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, defende que a conciliação representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente⁹⁰.

Com demasiada vênia, o presente trabalho discorda de tal visão, no sentido que se a busca é pela disseminação da cultura autocompositiva, em que as partes possuem equilíbrio, bom senso, além de ferramentas de negociação e comunicação, a fim de resolver seus próprios conflitos, já que se vivenciam um, possuem responsabilidade, e só os próprios contendores para melhor formalizar as soluções para crise, atendendo assim seus anseios individuais, o pensamento seria inverso, qual seja: a mediação é um estágio superior a conciliação, vez que o mediador, como terceiro imparcial, deve se manter o mais distante possível do conflito, apenas estimulando e facilitando a comunicação entre os envolvidos, sem opinar. Consistindo, então, em um procedimento mais rico que a conciliação no aspecto da ideia mais pura da autocomposição.

Portanto, resta claro, que, não obstante, algumas diferenças pontuais, a mediação e a conciliação são instrumentos aptos e essenciais ao sistema multiportas de acesso à justiça, consolidando os valores constitucionais de cooperação e boa-fé objetiva no âmbito processual.

5 HETEROCOMPOSIÇÃO

5.1 ARBITRAGEM

Os meios de resolução de conflito heterocompositivos, também chamados de heterotutela, adjudicação ou meio adjudicatório⁹¹, ocorrem quando um terceiro imparcial decide de forma impositiva a questão, podendo ser escolhido (arbitragem) pelas partes ou já determinado pelo Estado (jurisdição).

Como o enfoque do trabalho não é a resolução de conflito pelo viés jurisdicional, será

⁸⁹GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 49.

⁹⁰GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 49.

⁹¹TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, pág 57.

pontuado em linha gerais apenas o conceito e características da arbitragem. Isto porque, o modelo antigo de jurisdição em que o Estado substituir as partes e diz a norma aplicada ao caso concreto de forma coercitiva, resolve de forma satisfatório a lide jurídica, deixando de lado a lide social.

Nesse contexto, a existência de recursos contra as decisões judiciais, que dentre os vários motivos e direito assegurados, demonstra também a insatisfação de uma das partes com o julgado, assim como a ausência de pacificação social.

Tanto é que a evolução dos modelos processuais, desembocou atualmente no modelo cooperativo, em que não há um retorno para a autotutela, mas há um grande estímulo para a autocomposição entre as partes, sendo o juiz o interlocutor do diálogo entre elas, podendo usar o poder coercitivo e impositivo em último caso, de forma excepcional.

Assim, a arbitragem se destaca nesse novo modelo, no sentido que é fundada na vontade das partes de escolher uma terceira pessoa para destino de sua controvérsia. Possuindo duas características fundamentais: a) eleição pelas partes de um terceiro; b) caráter impositivo da decisão do terceiro.

Em outros termos, as partes elegem um terceiro de sua confiança, o que no passado equivaleria a um ancião, líder religioso ou alguém de muito prestígio e conhecimento na comunidade para submeter a disputa. O árbitro, por sua vez, não obstante, desprovido de poder estatal, profere decisão com força vinculativa, submetendo as partes aos seus efeitos. Tanto é que a Lei de Arbitragem nº 9.307/1996, dispõe que:

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário

Além disso, a decisão arbitral possui força de título executivo judicial coercitiva, isto é, em caso de descumprimento a parte terá que acionar o poder judiciário para exigir o cumprimento coercitivo da outra parte. Tal fato não retira ou elimina seu caráter jurisdicional, consolidado no art. 3º do Código de Processo Civil:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

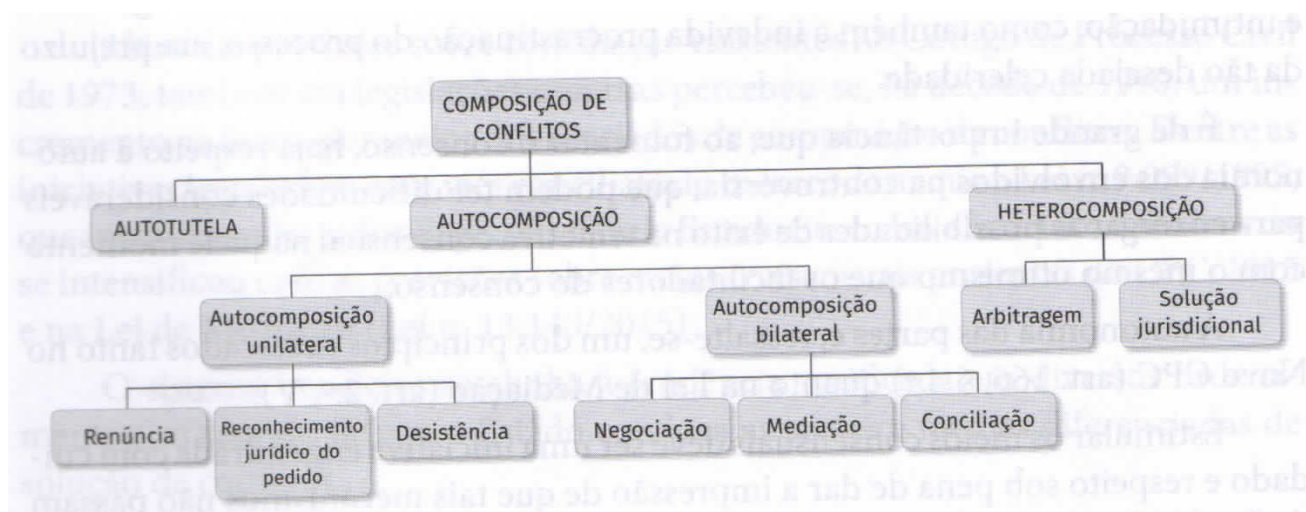
A riqueza do instituto está exatamente no poderio das partes escolherem o terceiro de confiança a quem irá levar o conflito que se encontram. Assim, o nível de aceitação e conformação com a decisão revela-se mais alto, motivo pelo qual há maior grau de cumprimento, e por conseguinte, efetividade do julgado.

Outra vantagem é a flexibilidade do procedimento. Segundo Carlos Alberto Carmona⁹², diversamente do que ocorre nas “abafadas cortes estatais” a arbitragem permite que os árbitros fiquem menos engessados, o que permite maior proximidade com as partes, aumento da capacidade de entender a questão e o direito que deve ser aplicado caso a caso. Por isso, é corrente a associação do instituto ora analisado com a realização de “justiça privada” pelos protagonistas do conflito⁹³.

Assim como os demais métodos de resolução de conflito, a arbitragem exige o procedimento, regras e direitos e deveres, que devem sempre está atendo e em observância ao padrão ético de comportamento, com destaque para boa-fé, instituto que será analisa do próximo capítulo.

Conclui-se, por fim, que a ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os conflitos, não atendem de forma satisfatória a sociedade moderna, motivo pelo qual há um movimento jurídico forte para que haja um transformação e um abertura do sistema jurídico, para aprimorar e ampliar outras e diversas formas de acesso à justiça, consolidando o sistema multiportas representado pelos meios alternativos de resolução de conflito.

6 VISÃO ESQUEMATIVA DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITO – FERNANDA TARTUCE



⁹²CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do arbitro. Revista de arbitragem e mediação, v.28, p.48, 2001.

⁹³TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág. 61

CAPÍTULO III

BOA-FÉ OBJETIVA

1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Como visto no capítulo anterior, os meios de alternativos de resolução de conflitos, são fundamentais para o contexto atual do novo modelo de processo cooperativo, o qual está delimitado por valores constitucionais, dentre os quais se destaca a boa-fé objetiva.

Por conta disso, é essencial abordar, no presente trabalho, a noção de boa-fé, incluindo sua origem, conceito e funções. Afinal, em face da mitigação da autonomia da vontade, a boa-fé objetiva ganhou espaço no debate jurídico, aparecendo como normatizadora de deveres anexos nas relações jurídicas⁹⁴.

Percebe-se, assim, que constitucionalização do direito, especialmente o processual, a consolidação dos meios autocompositivos no novo código de processo civil e a boa-fé objetiva – estão interligadas, no sentido a constituição consolidou em definitivo o fundamento axiológico do ordenamento jurídico, tendo a boa-fé e a dignidade da pessoa humana como seus pilares mais importantes.

2 CLÁUSULA GERAL

O tema das cláusulas gerais relaciona-se com o movimento de descodificação que marca o final do século XX. Como cediço, a economia clássica preconizava a soberania dos contratantes alegando que estes atuavam conforme os mecanismos impessoais do mercado, em face do liberalismo econômico ter consagrado o princípio da autonomia de vontades no campo jurídico. Por isso, durante as codificações oitocentistas, permeou a técnica legislativa regulamentar, em que para cada caso jurídico, havia uma previsão legislativa⁹⁵. Acreditava-se que a legislação era capaz de oferecer uma prévia solução jurídica para todos os casos.

No entanto, as transformações sociais revelaram a impossibilidade do ordenamento jurídico prevê casuisticamente soluções para todos os conflitos de direito. Esse modelo mostrou-se, assim, insuficiente e irreal na prática, já que é notório, em algumas situações, o desequilíbrio econômico existente entre as partes de uma relação contratual. Pondera

⁹⁴VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p.115.

⁹⁵VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p.116.

Ramon Mateo Junior⁹⁶ que a insatisfação é percebida exatamente porque a liberdade de contratar – âmagda da autonomia da vontade – passou a ser uma simples falácia histórica. Dessa forma, foi necessário promover a abertura do sistema jurídico, deixando-o mais móvel, no intuito de permitir a constante atualização do ordenamento, dando flexibilidade ao julgador para decidir sobre novas e peculiares situações de conflito. O fenômeno jurídico, assim, passou a acompanhar à mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais, decorrente do processo histórico no qual está inserido.

A legislação por cláusulas gerais se opõe, claramente, ao dogma da completude do ordenamento e à sua pretensão de atemporalidade, alicerces do positivismo e da Escola da Exegese que lhe deram sustentação⁹⁷. As cláusulas gerais, por seu turno, são um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carente de preenchimento de seu conteúdo⁹⁸, cujos critérios para sua concretização são determinados tão somente no caso concreto. Algo impensável durante a ditadura da lei, imposta durante o Estado Liberal.

Nesse contexto, as cláusulas gerais ganham um destaque fundamental nas codificações legais. Pois, a partir do momento que o ordenamento jurídico é entendido como um sistema móvel e aberto, possibilita a reconstrução do sistema jurídico, permitindo que este esteja sempre atualizado perante as mutações sociais.

O processo de concretização das cláusulas gerais, no entanto, levantou uma aparente ameaça à certeza e a segurança jurídica, por se tratar de regras imprecisas. Ocorre que, não é irracional e ilimitada sua aplicação. Conforme entendimento de Rose Melo Vencelau⁹⁹, a cláusula geral “contém implicitamente uma regra de direito, que deve ser revelada pelo magistrado não por meio do processo de subsunção, mas sim pelo processo de valoração”, de modo a permitir que elementos extralegais (sociais, econômicos, morais) sejam utilizados na concretude do caso.

Percebe-se, assim, que não obstante o julgador possuir uma margem de livre de apreciação ao concretizar o conteúdo da cláusula geral, esta margem encontra limites no próprio sistema. Desse modo, o conteúdo da cláusula geral não é identificado

⁹⁶MATEO JÚNIOR, Ramon. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: bookseller, 2003, p. 97.

⁹⁷CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93.

⁹⁸Idem, p. 93.

⁹⁹VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p. 117.

abstratamente, pelo contrário, é apurado em cada caso concreto, consubstanciando seu significado na jurisprudência.

Nesse passo, a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico possibilita o alcance de uma ampla generalidade de situações, os quais sendo praticados reiteradamente acabam fixando regras de julgamento e, por conseguinte, critérios objetivos que servem de fundamento ao juízo de valor¹⁰⁰.

Pode-se concluir, portanto, que mesmo havendo no conteúdo da cláusula geral o emprego de conceitos indeterminados, vagos, abertos e abstratos, isto é, sem uma definição clara, em face da polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade e esvaziamento de seus termos, não há que se cogitar de falta de segurança jurídica no sistema aberto. A objetivação da cláusula geral garante a segurança jurídica durante a mobilidade do sistema, através de imposição de deveres ou funções, que serão analisados em seguida.

Por essa razão, é falida a argumentação no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados apesar de se amoldam perfeitamente às alterações os valores vigentes na sociedade, traz uma subjetividade muito grande para o sistema de direito, por empregar inúmeras normas abertas, vez que a interpretação é transferida do legislador para o jurista, à doutrina e à jurisprudência¹⁰¹.

Pelo contrário, explica Heloísa Carpena¹⁰², o dinamismo e a crescente complexidade da sociedade exigem um sistema jurídico aberto e móvel, apto a acompanhar o avanço social, produzindo respostas mais rápidas e justas aos conflitos. A mobilidade significa flexibilidade para garantir que o sistema jurídico se adapte mais facilmente à mutabilidade dos valores sociais.

Vale ressaltar, finalmente, que a boa-fé objetiva é um importante instrumento consagrado no ordenamento jurídico. Mesmo levando-se em consideração as vantagens e desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode causar no sistema jurídico, em face de seu conceito indeterminado ou abstrato, pode-se afirmar que “a cláusula geral da boa-fé é mais útil do que deficiente ao sistema”¹⁰³.

¹⁰⁰VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p. 117.

¹⁰¹GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 102.

¹⁰²CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93.

¹⁰³GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 101.

Isto porque, a boa-fé visa garantir estabilidade e segurança não só aos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente, como também nas relações pré-processuais e processuais, representando muito mais que oposição a má-fé, e sim a regra moral das relações jurídicas, em que preza pela observância da lealdade, confiança, cooperação, honestidade, dentre outros deveres no vínculo obrigacional.

3 REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

Longe de ser um estudo profundo das origens da boa-fé objetiva, esse tópico visa a demonstrar o quanto antigo é o instituto, que atualmente desempenha papel fundamental no sistema jurídico.

Pode-se constatar, que, na Antiguidade, sementes já eram lançadas sobre a noção de boa-fé, no sentido que os gregos valorizavam o comportamento humano em conformidade com a ética.

Sucedem que a noção concreta de boa-fé (*bonas fides*) remonta ao direito romano. Nascida, portanto, em Roma, a ideia de *fides* aproximava-se do conceito de fidelidade ao pacto firmado, significando mais um conceito ético do que uma expressão jurídica propriamente dita¹⁰⁴. Acrescenta-se, ainda, que nas relações jurídicas romanas a alusão à *fides* poderia, em algumas situações, representar à fé ou crença no que esperava no outro, e ainda à necessidade de obediência aos preceitos religiosos¹⁰⁵.

Destaca-se, também, que após a compilação justineanéia, foi ocorrendo a difusão horizontal e vertical do conceito de boa-fé. Em relação a este desenvolveu-se a noção do bom e justo, exigindo, portanto, a lealdade e honestidade nos pactos. Quanto aquele, a evolução do instituto pressupõe uma observação do estado psicológico dos indivíduos nas relações jurídicas¹⁰⁶.

Em constante propagação, o conceito de boa-fé horizontal, isto é, subjetivo, também apareceu na codificação francesa com o Código de Napoleão¹⁰⁷. Entretanto, a hegemonia do dogma da autonomia da vontade e do positivismo exegético dificultava a aplicação de um princípio estatuído em forma de cláusula geral.

¹⁰⁴Idem, p. 101.

¹⁰⁵MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999, p. 124

¹⁰⁶SUZART, Joseane Lopes da Silva. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos – 2ed.* - Salvador: Saraiva 2010, p. 480.

¹⁰⁷Idem, p. 481.

Foi, todavia, na Alemanha, a partir do Código Civil de 1900, com a entrada em vigor do BGB, que se verificou o verdadeiro desenvolvimento da doutrina da boa-fé, como “elemento afetivo exterior”¹⁰⁸. Judith Martins¹⁰⁹ aduz que, “propondo significados diversos daqueles atribuíveis à bona fides clássica, o direito alemão, representava a boa-fé pela na fórmula do Treu und Glauben” (lealdade e confiança), regra objetiva, que deve ser observada nas relações jurídicas em geral.

A codificação alemã, ao promover a concretização da boa-fé, influenciou o universo jurídico privado de diversos países, inclusive o português, e, por conseguinte o brasileiro. Podendo-se dizer, inclusive, que a boa-fé entrou no Brasil “pela janela” imposta pelas influências recebidas das codificações modernas européias¹¹⁰.

Há ainda o último viés sobre a noção de boa-fé, a saber: a boa-fé canônica. Tal concepção introduziu mais um significado a boa-fé, a qual era entendida como “a ausência de pecado”, isto é, estado oposto à má-fé¹¹¹.

No direito brasileiro não há, por sua vez, um precedente genérico com a previsão da boa-fé objetiva. Não obstante existirem manifestações doutrinárias e jurisprudenciais nas legislações antigas acolhendo, grosso modo, o instituto, só no novo código civil passou a ser disciplinado positivamente. O Código Civil de 2002, não só se refere à boa-fé como regra de interpretação, como também a considera norma de conduta¹¹².

Assim, em atenção à eticidade e à sociabilidade, a nova legislação processual civil dedicou a regulamentação do aspecto objetivo da boa-fé nos seguintes dispositivos legais, *in verbis*:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 322 - § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Art. 489 - § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹⁰⁸SUZART, Joseane Lopes da Silva. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos – 2ed.* - Salvador: Saraiva 2010, p. 481.

¹⁰⁹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999, p. 124

¹¹⁰RONNIE, Duarte Preuss. Boa-fé e o abuso de direito no novo código civil brasileiro. *Revista Mackenzie.* São Paulo, n.2, ano 4, 2003, p. 163.

¹¹¹MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 129.

¹¹²VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes.* Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p.130.

Além disso, vale ressaltar alguns artigos do Código Civil que disciplina a boa-fé, demonstrando que estão difundido pro todo ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé¹¹³.

Surge, destarte, uma fonte autônoma de direitos e obrigações entre os sujeitos de direito, consistente nos deveres laterais ou anexos aos, inicialmente, avençados¹¹⁴.

Feito esse breve apanhado histórico, percebe-se que a boa-fé consiste numa diretriz principiológica de fundo ético, representando um princípio de base moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente. A interpretação, assim, deixa de ser meramente subjuntiva, e passa a observar os fundamentos éticos-sociais, que, em razão da rápida mutabilidade social, exige do operador do direito, intensa atividade hermenêutica, para adequar o sistema jurídico às mudanças na sociedade.

4 BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé representa a expressão do pluralismo jurídico que marca a presente época¹¹⁵. Isso significa que a relativização dos direitos subjetivos, ora limitados por valores constitucionais, implicou na redefinição do papel da jurisprudência como fonte do direito, que deverá, ao aplicar a boa-fé, criar o regramento aplicável ao caso concreto recorrendo a uma variedade de fontes extrajurídicas.

A ciência jurídica, portanto, ao perceber que o direito positivo não era capaz de prevê todas as situações jurídicas oriundas das relações travadas entre os indivíduos, não teve

¹¹³VADE, Mecum. *Obra Coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti* – 13. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159-163-176.

¹¹⁴SUZART, Joseane Lopes da Silva. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos* – 2ed. - Salvador: Saraiva 2010, p. 481.

¹¹⁵CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77.

alternativa, senão recorrer às cláusulas gerais, cujo conteúdo, como já explicado, deve ser preenchido de acordo com os valores sociais de cada época.

Desse modo, identificar o conteúdo da boa-fé objetiva, e, por conseguinte, seu conceito, não representa uma tarefa fácil, já que o instituto não poderá ser definido de modo prévio pelo ordenamento jurídico, exigindo-se que se recorra a elementos exteriores às relações jurídicas, como os aspectos históricos, culturais, sociais e políticos¹¹⁶.

Entretanto, é possível perceber que a boa-fé constitui uma ética prática, cujos critérios variam de acordo com as condições sociais de determinado momento histórico e de determinada sociedade¹¹⁷. O conteúdo da boa-fé, assim, não poderá jamais ficar alheio aos padrões morais existente em dada sociedade¹¹⁸.

Com efeito, o conteúdo normativo da boa-fé se manifesta apenas nas concretas circunstâncias do caso. Os limites são, portanto, imprecisos, gerais, abstratos, fluído e mutável. Adverte Teresa Negreiros¹¹⁹, “a boa-fé não tem conteúdo até que sua essência seja invocada”.

Neste cenário, exige-se que os indivíduos atuem em conformidade com os conceitos éticos de honradez, decoro, probidade, a fim de permitir o equilíbrio natural dentro das relações jurídicas. Sendo coibido, dessa forma, todo comportamento malicioso, abusivo, que desrespeite a expectativa do direito de outrem.

Observa-se, então, que a importância da boa-fé, não obstante seu alto grau de abertura semântica, é visível em relação aos conflitos, vez que servirá como instrumento de combate a condutas arbitrárias, assegurando e protegendo os comportamentos honesto e escorreito.

A boa-fé objetiva, assim, pode ser tratada como técnica jurídica – standard - “que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em dada sociedade”¹²⁰.

Em outros termos, pressupõe que os participantes em dada relação jurídica atuem em conformidade com os padrões de conduta, que, dentro de certa comunidade, seriam previsíveis como normais e aceitáveis¹²¹.

¹¹⁶SUZART, op. cit., p. 483.

¹¹⁷CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 79.

¹¹⁸SUZART, Joseane Lopes da Silva. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos – 2ed.* - Salvador: Saraiva 2010, p. 482.

¹¹⁹NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p.86.

¹²⁰LARENZ, Karl. Metodologia da Ciencia do Direito. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 577, apud CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84.

¹²¹SUZART, op. Cit., p. 482.

Introduzida no ordenamento brasileiro como cláusula geral, a boa-fé objetiva integra as relações processuais, concretizando os valores que constituem o fundamento da liberdade de contratar, impondo de forma decisiva limites ao exercício irregular dos direitos subjetivos. A boa-fé, além de constituir um conceito ético - standard jurídico - norma de comportamento, representa, portanto, a regra moral nas relações processuais¹²².

4.1 DISTINÇÃO: BOA-FÉ OBJETIVA E BOA-FÉ SUBJETIVA

Antes de prosseguir, um alerta: faz-se necessário estabelecer a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Embora o direito positivo, inclusive o Código de Defesa do Consumidor, não faça tal distinção, é fundamental diferenciar as duas vertentes da boa-fé, já que cada desdobramento possui consequências jurídicas distintas.

Cabe ressaltar que para a solução dos conflitos, é prescindível o estado psicológico dos envolvidos. Pois, o importante a ser observado são as formas pelas quais as condutas destes sujeitos são objetivadas no plano fático, e quais as consequências geram. Logo, de plano, pode-se afirmar, que na relação jurídica processual, a boa-fé subjetiva não se faz necessária, vez que o estado de consciência dos indivíduos não possui influência na solução das lides, pelo contrário, somente a ação objetiva de cada indivíduo tem o condão de influenciar a decisão dos conflitos¹²³.

A boa fé subjetiva consiste em um estado de consciência ou convencimento individual que faz o indivíduo a atuar de determinada maneira acreditando que está em conformidade com o direito. Em outros termos, a boa-fé subjetiva se manifesta no estado de ânimo ou de espírito do agente¹²⁴, cuja situação psicológica revela a convicção íntima de ter um comportamento de acordo com o direito. Denota, portanto, um estado de ignorância sobre a real situação jurídica que se apresenta¹²⁵.

É chamada, por isso, de subjetiva porque o fulcro da questão a ser analisada é a intenção do sujeito que compõe a relação jurídica, vez que o estado subjetivo provém do reconhecimento da ignorância do indivíduo perante determinada circunstância fática.

¹²²CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77.

¹²³SUZART, Joseane Lopes da Silva. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos – 2ed.* - Salvador: Saraiva 2010, p. 482.

¹²⁴GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 100-101.

¹²⁵VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p. 122.

Verifica-se que a boa-fé objetiva representa o estado do desconhecimento de determinada ocorrência ou vício, que torna ilegítima a aquisição de determinado direito ou posição jurídica¹²⁶. A boa-fé subjetiva, vale dizer, é na atualidade a figura mais próxima do conceito romano de *bonas fides*, antes referenciada.

De outra parte, a boa-fé objetiva consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidae jurídica¹²⁷, ou seja, traduz-se em modelo de conduta social, arquétipo ou *strandard* jurídico fixados pela doutrina e jurisprudência, a fim de proteger a expectativa criada em função de dado comportamento social. Em outras palavras, a objetividade da boa-fé representa um dever de agir conforme determinados padrões de honestidade para não frustrar a confiança legítima de outrem¹²⁸.

Dessa forma, a boa-fé objetiva trata-se de norma de comportamento, cujas exigências éticas submetem a autonomia da vontade, criando deveres positivos e negativos de comportamento, que as partes devem seguir nas fases pré-processual, processual e pós-processual¹²⁹.

A cláusula geral de boa-fé objetiva se insere implicitamente, portanto, em todas as relações jurídicas, desde as tratativas iniciais até sua finalização, obrigando as partes à observância de deveres específicos de comportamento pautados na honestidade, lealdade, probidade, nos bons costumes e no padrão de moralidade média vigente em dada sociedade, a fim de garantir a confiança mútua no meio social.

4.2 TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

São tradicionalmente imputadas a boa-fé objetiva três distintas funções:

4.2.1 A FUNÇÃO INTERPRETATIVA E DE COLMATAÇÃO

A função interpretativa, antes de tudo, guarda relação direta com a diretriz consagrada no art. 113 do Código Civil, que dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹²⁶RONNIE, Duarte Preuss. Boa-fé e o abuso de direito no novo código civil brasileiro. *Revista Mackenzie*. São Paulo, n.2, ano 4, 2003, p. 166.

¹²⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. op. Cit., p. 101.

¹²⁸VENCELAU, Rose Melo. op. Cit., p. 123.

¹²⁹CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

Comentando esse dispositivo, avalia Pablo Stolze¹³⁰ que “o operador do direito tem, na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”.

Além disso, a função interpretativa possui íntima conexão com o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Nessa mesma linha, a boa-fé serve ainda como suporte de colmatação para orientar o magistrado em caso de integração de lacunas, vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes¹³¹.

4.2.2 A FUNÇÃO CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS ANEXOS OU DE PROTEÇÃO

Ingressando já na segunda função cometida à boa-fé, qual seja a criação de deveres instrumentais ou deveres anexos de proteção, verifica-se que, atualmente, há na relação contratual ao lado dos deveres primários de prestação ou principais, os deveres secundários e os deveres anexos, laterais ou instrumentais¹³². São chamados, geralmente, de **deveres de cooperação**, pois impõe a observância nas relações jurídicas de comportamentos lastreados pela lealdade e confiança recíproca; assistência; informação; sigilo ou confidencialidade.

Então, agir conforme a boa-fé significa agir de acordo com deveres secundários em relação à obrigação principal. Não é demais lembrar que a boa-fé não cria, mas normativiza esses deveres implícitos¹³³.

Nesse passo, os deveres jurídicos são classificados em: de proteção, de esclarecimento e de lealdade.

O dever de proteção impõe às partes, no curso da relação jurídica, a necessidade de adotar as medidas essenciais para que sejam evitados danos ou prejuízos durante o vínculo celerado. Já os deveres acessórios de esclarecimento tornam obrigatória às partes a

¹³⁰GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 105.

¹³¹MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999, p. 428

¹³²MARTINS-COSTA, op. cit., p. 428.

¹³³VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002, p. 125.

prestação de todas as informações relevantes atinentes ao ato jurídico. Como exemplo, cita-se o mediador que realiza uma mediação entre um casal, por acreditar ser a melhor solução para o conflito de guarda e pensão dos filhos, no qual a mulher possui medida restritiva a seu favor sem comunicá-la de tal proibição.

Por fim, os deveres secundários de lealdade obrigam as partes a manter a fidelidade aos compromissos assumidos, isto é, o cumprimento do acordado, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e probidade. A ideia de lealdade, assim, estabelece a transparência nas relações negociais, isto é, a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada. A título de ilustração do dever de lealdade toma-se o exemplo das partes que celebram o acordo durante um procedimento de mediação para manter sigilo sobre as informações do distrato de grande corporação. Não pode uma das partes, os advogados ou o mediador publicar ou fornecer a mídia qualquer informação discutida naquele ato, devendo, por isso, manter o sigilo de tais informações, sob pena de quebrar o dever de lealdade ora trabalhado.

De forma mais simples, a conduta das partes de acordo com o dever de lealdade requer a abstenção de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações. O exercício do direito de um sujeito não pode impedir o exercício do direito de outrem, sob pena de incidir na teoria dos atos abusivos.

Enfim, em uma relação processual seja ela autocompositiva ou heterocompositiva, as partes, além de cumprirem a obrigação principal, devem preservar os interesses que justificam a celebração do acordo, protegendo as expectativas que acarretaram a celebração do mesmo.

Há ainda outros deveres anexos, que na realidade são desdobramentos, facetas dos deveres acessórios acima mencionados, como o dever de transparência, assistência, cooperação, informação, sigilo, dentre outros. Importante registrar que tais deveres são mútuos, devendo ser observado por todos os integrantes da relação jurídica inclusive o juiz.

4.2.3 A FUNÇÃO DELIMITADORA DE EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS

A última função da boa-fé visa coibir o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Hoje, a boa-fé é um dos elementos caracterizadores do abuso de direito, vez que o ato violador desse instituto é caracterizado como ato ilícito ou abusivo.

Como bem assevera Pablo Stolze¹³⁴, “no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a tirania dos direitos”.

É justamente a dicção do art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Observa-se que a boa-fé é, sem dúvida, limitadora da autonomia da vontade, uma vez que dá origem a deveres alheios à vontade das partes. Podendo concluir que o intuito dessa função é a concretização da “justiça substancial” na relação jurídica. Em outros termos, através do controle exercido pela boa-fé o que se tem em mente é garantir o equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes.

Com isso, por exemplo, as rescisões unilaterais previstas contratualmente são consideradas abusivas tanto pela doutrina como pela jurisprudência. De uma vez por todas, não se pode mais reconhecer a legitimidade ou se dar espaço às denominadas cláusulas leoninas ou abusivas, quer se trate de um contrato de consumo, quer se trate de um contrato civil em geral.

Nesse sentido, a cláusula geral pode e deve ser utilizada para limitar a abusividade no exercício dos direitos subjetivos. Fora ou contra a boa-fé não existe direito subjetivo, vez que todo direito é limitado pela boa-fé objetiva.

Sob o enfoque dessa análise, surgiram várias figuras do direito estrangeiro que gradualmente vem se integrando ao direito pátrio como manifestação da função de controle da boa-fé objetiva. Cita-se de forma superficial alguns exemplos dessas figuras: O *venere contra factum proprium*¹³⁵ veda que comportamentos contraditórios sejam praticados no sistema de direito, visando coibir não só a contradição em si, mas a quebra da confiança inerente a essa conduta.

O *supressio*¹³⁶ consiste na perda de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso temporal, enquanto o *surrectio*¹³⁷ é a perda de um direito pela sua não atuação evidente.

¹³⁴GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 112.

¹³⁵LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso do direito e a Função de Controle da Boa-fé Objetiva. *Revista AGU*, n° 18, p. 237.

¹³⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.

¹³⁷ Idem, p.

*Já tu quoque*¹³⁸ relaciona-se à idéia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Proibi, portanto, comportamentos em desacordo com o princípio da confiança, em que uma parte é surpreendida na relação contratual, ficando em situação de injusta desvantagem. Exemplo clássico é o caso do menor – relativamente incapaz – que oculta sua pouca idade para driblar a vedação contida no art. 180 do Código Civil e, posteriormente invoca esse mesmo dispositivo para eximir-se da obrigação contraída. Resta clara a função de controle exercida pela boa-fé objetiva em tal situação, vez que ao agir em desconformidade ao dever anexo de informação, o menor não encontrará proteção do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o inadimplemento mínimo¹³⁹ dispõe que quando uma das partes estiver inadimplente por uma parcela mínima de sua prestação, as consequências de mora serão relativizadas em função da proporcionalidade do descumprimento da avença, sob pena de restar caracterizado um abuso de direito.

*O exceptio doli*¹⁴⁰, por sua vez, visa sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado no intuito de prejudicar outrem e Cláusula de Stoppel¹⁴¹ garante a aplicação da boa-fé no campo do direito internacional.

Diante do exposto percebe-se que são diversos os comportamentos contrários e violadores da boa-fé, sendo, por isso, vedado e coibido nas relações jurídicas, sejam elas processuais ou extraprocessuais. Assim, quando a utilização dos meios alternativos de conflito for o melhor instrumento para solucionar o impasse, também deve estar de acordo com esse padrão ético.

5 BOA-FÉ PROCESSUAL

Como visto é antiga influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos. Nesse contexto, que a boa-fé deve ser observada também no processo. Os sujeitos processuais, mesmo participando de procedimento autocompositivos de conflito devem atuar com lealdade e retidão, colaborando para a prolação de um consenso ou decisão judicial razoável.

¹³⁸ LOURENÇO, op. cit., p. 238.

¹³⁹Idem, p. 239.

¹⁴⁰GAGLIANO, op. cit., p.

¹⁴¹Idem, p.

Na doutrina brasileira não exista referência a boa-fé processual, mas o novo código de processo civil resolveu essa questão, prevendo expressamente essa norma de conduta no art. 5º, transcrito abaixo:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Assim, conforme disciplina o ilustre professor Fredie Didier, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, a boa-fé processual, entendida como clausula geral, modela o devido processo legal, impedindo condutas abusivas e combatidas pelo Código de Processo Civil, como: a reparação de perdas e danos (arts.79 e 81; 143; 155, II; 158; 161, parágrafo único e 164); a multa (arts. 81; 258; 968, II; 1.026; 774, §único; 896, §2º); o pagamento de multa como pressuposto objetivo de admissibilidade de recursos posteriores (arts. 1.026, §3 e 1.021, §5º); a obrigação de arcar com o custo do processo (art.81 e 93); o cabimento de ação rescisória (art.966, III); dentre outros.

Pode-se concluir, portanto, diante dos exemplos citados acima, que o processo judicial não deve ser entendido mais como um fim em si mesmo, visto que seu objetivo primordial e verdadeiro é garantir a efetividade do direito material discutido. Assim, o processo deve ser visto como um instrumento a serviço do direito material, e não o contrário, sendo que uma das formas para que se consiga tal desiderato é, sem sombra de dúvida, o combate efetivo contra todas as condutas que atentem contra a boa-fé objetiva processual.

Resta claro, portanto, diante do atual contexto jurídico e do novo Código de Processo Civil, que as partes, assim como todos aqueles que atuam no processo, estão obrigados a pautarem suas condutas de acordo com a boa-fé e a lealdade, como uma das formas de se permitir a efetividade do processo, sob pena de serem penalizadas com diversas sanções jurídicas e pecuniárias.

Essa mesma ideia deve ser transportada para os procedimentos alternativos de resolução de conflito, como a conciliação, mediação e arbitragem. Tais métodos exigem em seu procedimento, de igual forma, a observância ao padrão ético de comportamento, com destaque para boa-fé, já que esta configura-se norma de comportamento norteadora de todo o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, como atualmente os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os conflitos não estão mais atendendo de forma satisfatória a sociedade moderna, acarretando a abertura do sistema jurídico, as outras e diversas formas de acesso à justiça, devem da mesma forma está atenda aos preceitos de lealdade, colaboração, retidão, confiança, impostos pela boa-fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme disposto neste trabalho científico, não só as normas jurídicas materiais como as normas processuais, foram, durante muito tempo, inspiradas e influenciadas pelo caráter individualista e patrimonialista vigentes durante o Estado Liberal. Estavam, portanto, dissociadas de modo inexorável de qualquer valor constitucional ético ou solidário.

Sem embargo, durante o Estado Liberal prevalecia a ideia de soberania das partes no processo, tendo seu auge com o modelo de processo adversarial (Juiz Júpiter), pelo fato do liberalismo político econômico ter consagrado o princípio da autonomia da vontade e do *pacto sunt servanda* no campo jurídico. Sucede que esse modelo mostrou-se uma falácia jurídica, irreal e insuficiente na prática, em razão do gritante desequilíbrio existente entre os sujeitos processuais.

Tal concepção desempenhava já na época um papel ideológico, de legitimação da exploração realizada na arena privada, se tornando definitivamente insustentável com o advento da sociedade de moderna, onde despontam, com força cada vez maior, os poderes sociais. E o enfraquecimento do liberalismo, aliado a globalização econômica, apenas assentou este quadro, tornando ainda mais essencial o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais.

A rigor, o desenvolvimento da teoria do constitucionalismo, por conseguinte, do neoprocessualismo, contribuiu definitivamente para sujeição da ciência jurídica aos contornos constitucionais no Estado Social, surgindo assim o modelo processual inquisitorial com atuação do juiz Hermes.

No entanto, o reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter vinculante dos seus princípios, apesar de muito importante para incorporação dos valores sociais no mundo jurídico, foi utilizado para justificar atos bárbaros e autoritários por parte de alguns Estados-Nação, dando ensejo uma nova postura jurídica, baseada no cooperativismo.

Resta claro com o presente trabalho que atualmente vem ocorrendo e se firmando o desenvolvimento de um novo pensamento processual, calcado no Estado Constitucional e, precipuamente, no respeito e na efetividade dos direitos fundamentais. O processo civil passa, assim, a exercer seu papel primordial de instrumento para a realização da justiça.

Os meios alternativos de resolução de conflito ganham destaque nesse momento, quando passam a constituir uma nova porta de acesso à justiça, garantindo a resolução do conflito por meio do diálogo, além de respeitar veemente a vontade das partes, ao estimular e

incentivar que elas encontrem sozinhas ou pelo intermédio de um terceiro imparcial, a solução para sua controvérsia.

Conclui-se, por fim, que a ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os conflitos, não atendem de forma satisfatória a sociedade moderna, motivo pelo qual há um movimento jurídico forte para que haja uma transformação e uma abertura do sistema jurídico, para aprimorar e ampliar outras e diversas formas de acesso à justiça, consolidando o sistema multiportas representado pelos meios alternativos de resolução de conflito

Assim como os demais métodos de resolução de conflito, exigem um procedimento, pautado em regras, direitos e deveres, que devem sempre estar atendo e em observância ao padrão ético de comportamento, com destaque para boa-fé. O que significa que em qualquer ato, seja ele negocial ou não, a boa-fé deve estar presente na conduta dos participantes.

Diante dessa realidade, foi demonstrado ao longo deste trabalho que a boa-fé objetiva assim como o princípio da cooperação, dentre suas outras funções, atua como instrumento de controle dos abusos de direito verificados nas relações jurídicas contemporâneas.

A incorporação dos valores constitucionais as relações jurídicas tornou inacabada toda e qualquer relação que venha a desprezar o padrão ético e solidário de comportamento de uma sociedade.

Com isso, não se pretende afirmar que as partes esperam, umas das outras, a cooperação, a honestidade e a veracidade sempre. Tal afirmativa seria minimamente ingênua e bem distante da realidade. O que se pretende é mostrar que o sistema processual tem essa expectativa de comportamento qualificado dos sujeitos processuais, sendo um dos objetivos do processo incentivar a colaboração entre eles e resguardar a confiança emanada no desenvolver da relação jurídica.

Para encerrar o presente trabalho, expõe a belíssima conclusão da professora Fernanda Tartuce: “os meios alternativos de resolução de conflito se coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça embasado nas noções centrais de cooperação”, devendo o processo, nas palavras do mestre José Carlos Barbosa Moreira, ser capaz de “proporcionar a quem tenha razão, até onde seja praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito e conseguir”.¹⁴²

¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito procesual civil*: 2ª série. 2. Ed. São Paulo: Saravia, 1988, p.21.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena Nadjar. *O abuso no processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposicion y autodefensa: contribucion al estudio de los fines del proceso*. Cidade do Mexico: uham, 1991.
- ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação: apostes práticos e teóricos*. Dash Editora: São Paulo, 2º ed, 2016.
- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. Malheiros Editores.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Ed. Jus podivm, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. Ed. São Paulo: TR, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repotilização de legitimidade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como deve ser e a boa-fé processual objetiva*. Revista Processo, São Paulo, n.126, p.59-81, ago./2005.
- CARPENA, Heloísa. *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso de Direito*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.
- CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CUNHA JR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DANTAS, Miguel Camon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: saraiva, 2009.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. Ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- RONNIE, Duarte Preuss. *Boa-fé e o Abuso de Direito no novo código civil brasileiro*. *Revista Mackenzie*. São Paulo, nº.2, ano 4, 2003.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18, ed. Sacador: Jus Podivm, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, Volume IV: contratos, tomo I: teoria geral*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 478.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a Teoria do Abuso de Direito*. Salvador: JusPodivm, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. Ed. Tradução: Joao Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOURENÇO, Shandor Portella. O abuso do direito e a Função de Controle da Boa-fé Objetiva. Revista AGU, nº18.

LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil. 7. Ed. Salvador: juspodivm, 2009.

LUNA, Everaldo da Cunha. Abuso de Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS COSTA' Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1999.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARX, Karl. *Os pensadores: para a crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MATEO JÚNIOR, Ramon. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: bookseller, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: Temas de direito procesual civil: 2ª série. 2. Ed. São Paulo: Saravia, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso dos direitos processuais. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAY, Oliver. História das ideais políticas. Tradução: Jaime A. Clasen. Petropolis: vozes, 2007.

NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. Revista da Emerj, v.6, nº23, 2003.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: risco e possibilidades". Disponível em: <www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf> Acesso em: 2018 jul. 2018.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: renovar, 2007.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TARUFFO, Michelle. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade (relatório geral)*. In revista de Processo, São Paulo, ano 31, n.133, mar.2006.

TUNALA, Larrisa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex,1997.

SUZART, Joseane Lopes. *Planos de Saúde e a Boa-fé Objetiva: Uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. 2 ed. Salvador: Saraiva, 2010.

VADE, Mecum. *Obra Coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti* – 13. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENCELAU, Rose Melo. Cláusula Geral Boa-fé Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v.7, n.7, dez/2002.