

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

TUTELAS DIFERENCIADAS: INSTRUMENTO DE AUXÍLIO À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

DIFFERENTIATED TUTELAGE OF AID INSTRUMENTS ON THE REALIZATION OF JUSTICE

**Karla Eliza Correa Barros Kataoka
Ana Christina Darwich Borges Leal**

Resumo

Este artigo dedica-se à compreensão das tutelas diferenciadas como instrumentos de auxílio à efetivação da justiça diante da nova realidade da sociedade e das mudanças no direito processual civil brasileiro. O objetivo é analisar a importância das tutelas antecipadas, sua aplicação prática e demonstrar que elas, de fato, constituem mecanismos de efetivação ao acesso à justiça, examinando e identificando quais obstáculos impedem o alcance mais célere da efetividade. Para alcançar os resultados, estudou-se evolução do direito processual civil, nova concepção de acesso à justiça e reconhecimento das tutelas diferenciadas como meio de solução de conflito.

Palavras-chave: Tutela diferenciada, Justiça, Acesso, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims at understanding how differentiated tutelage of aid instruments on the realization of justice in the face of reality of society and the recurring changes in the Brazilian civil procedural law. The objective is to analyze the importance of injunctive relief, its practical application and evidence that they actually are effective mechanisms for access to justice by examining and identifying obstacles that prevent such efficiency is achieved more quickly. For achieving the objectives, it was studied evolution of civil procedural law, new concept of access to justice and recognition of guardianship differentiated as a means of conflict resolution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Differentiated tutelage, Justice, Access, Effective

INTRODUÇÃO

É notória, ao observar a evolução do processo jurisdicional ao longo das últimas décadas, a importância que vem sendo destinada à efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de garantir aos cidadãos o fim que almejam ao procurar a jurisdição, que seja a solução de seus conflitos.

Este fenômeno deve-se, em sua origem, às “ondas” de renovação anunciadas pelos estudiosos, conforme se verá adiante. Tratam-se, todavia, de mecanismos de busca por resultados concretos, que atendam aos anseios pela efetividade do processo.

É compreensível que os cidadãos, no avançar dos anos, tornem-se mais criteriosos e conscientes de seus direitos e obrigações, mas, também, dos deveres do Estado em relação a eles. No Judiciário, essa consciência e clamor são ainda mais evidentes, pois é este o órgão responsável por resolver e solucionar as contendas sociais. É o órgão do qual primeiro se cobra agilidade e eficiência; cobrança essa que tem se realizado, nos últimos tempos, pela exigência de operacionalização do sistema.

Dessa forma, reconhecem que a questão principal não se localiza na legislação processual precipuamente, mas, sobretudo, na organização e no sistema de trabalho dos serviços judiciários. Só a partir dessa lógica, será possível conferir ao direito processual a instrumentalidade que este possui.

O raciocínio parece simples: um Judiciário organizado consegue ser eficaz. Entretanto, sendo órgão tão complexo como a própria sociedade, é necessária a busca por medidas alternativas que possibilitem, no caso específico do nosso estudo, a adaptação do processo civil à latente necessidade social.

É nesse contexto de alteração e conscientização social que surge a necessidade de aprimorar o estudo das medidas alternativas de tutela jurisdicional, para desfazer a ideia, por longos anos existente, de que só haveria uma forma de resolver os conflitos.

Nesse estudo, não se deve olvidar dos princípios constitucionais e demais regramentos, enxergando o acesso à justiça e a tutela jurisdicional adequada como, mais do que um direito social, uma garantia constitucional prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, neste artigo, buscar-se-á demonstrar o alcance da expressão “medidas alternativas de solução de conflitos”, que se estendeu e assim ainda continua sendo, de modo a englobar não apenas os métodos extrajudiciais, mas também os métodos judiciais que se prestem à alternativa aos tipos ordinários de solução de conflitos.

Não é possível exaurir o tema, mas apresentar um panorama geral e invadir os temas que se relacionam diretamente com a efetividade da justiça e seu alcance por meio de medidas alternativas, objeto principal deste trabalho.

1 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Nas palavras de Carnelutti (2008), se o direito e, mais além, o processo existe é porque os homens vivem em um ambiente de falta de acordo. O litígio é, então, a raiz do nascimento das regras processuais.

Nesse sentido, ensina Theodoro Júnior (2011, p. 2):

Na verdade, ou na essência, o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso mesmo, comuns a todos os seus ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo.

Neves (2011), ao tratar da jurisdição, fala com muita clareza sobre os objetivos da jurisdição, ou seja, da aplicação concreta do processo civil nas relações sociais. Nesse sentido, divide em quatro possíveis escopos da jurisdição: jurídico, educacional, social e político.

No sentido jurídico, menciona se tratar da aplicação concreta da vontade do direito. Os outros escopos é que soam mais interessantes, pois ao falar, por exemplo, em escopo social, faz referência ao papel da jurisdição na solução de conflitos, proporcionando às partes envolvidas a “pacificação social”, defendendo que tão importante quanto a resolução do conflito no aspecto fático é a conquista da satisfação das partes.

A seguir, trata do sentido educacional, que seja ensinar aos jurisdicionados os seus direitos e deveres, resultado positivo da popularização do Poder Judiciário. Por último, no que tange ao escopo político, menciona o fortalecimento do Estado, a participação democrática e o uso da jurisdição como instrumento de proteção às liberdades públicas e aos direitos fundamentais.

Complementa, ainda, Rodrigues (2010, p. 42), as observações sobre a função jurisdicional, mencionando que nosso sistema jurídico é formado pelo equilíbrio e interação entre os fatos sociais, valores e normas; ocorrendo desequilíbrio há a incidência da função jurisdicional e a atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, continua:

Todavia, é muito importante que se diga que nem sempre a formulação da norma jurídica concreta é suficiente para debelar a crise

jurídica (o conflito de interesses), pois há casos em que a pretensão permanece insatisfeita, sendo necessária nova intervenção do poder jurisdicional para atuar (satisfazer) a declaração da vontade concreta da lei. Nesses casos, parte-se do direito já declarado (da norma jurídica concreta) para sua realização concreta e coativa pelo Poder Judiciário.

Tratam-se, todas essas reflexões, de uma amostra das modificações ocorrentes no processo civil, na sua interpretação e, conseqüentemente, em sua aplicação. Essa modernização vem em conjunto com as disposições constitucionais sobre o assunto, pois, cada vez mais, direito constitucional e direito processual estão ligados. São os ideais de ética, instrumentalidade e efetividade que passam a ser uma realidade dos que pensam e operam o direito processual.

Trata-se, assim, da instrumentalidade no novo processo civil, esta interpretada como a busca pela solução mais justa e adequada para os conflitos, em que, de fato, seja possível reduzir as tensões sociais. A instrumentalidade é, inclusive, um dos fins do processo, que seja alcançar a composição dos litígios travados entre as partes, isto é, permitir a pacificação das lides, alcançando a paz social.

2 NOVO SENTIDO DE ACESSO À JUSTIÇA

A começar pela ideia de que o processo brasileiro deve ser estudado sob a ótica de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, o direito processual deve buscar atingir os objetivos essenciais desse Estado. No exercício da função jurisdicional, essa busca também é incessante, pois, ao realizar uma tarefa que, originariamente, não lhe cabia, se pensado que o ideal é a autotutela, o faz com o intuito de garantir os direitos democráticos, dentre eles e um dos principais, o do acesso à justiça.

Desafio proposto é compreender o alcance da expressão “acesso à justiça”. Certo, todavia, é que não se pode falar na evolução e crescimento desse conceito sem mencionar a necessidade, ao longo dos anos, de criação de procedimentos que se prestem à efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse contexto, apresentam-se as primeiras palavras da obra referência de Cappelletti e Garth (1988, p. 9):

Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.

Em suma, o acesso à justiça possuía um sentido formal, tratando a igualdade formal de uma maneira que, todavia, não era efetiva. Assim, era preciso defender que o processo civil, mais do que fim, prestava-se como meio, ou seja, instrumento, daí a necessidade de que tivesse aptidão concreta e real de atingir seus objetivos. Coloca-se o processo em um plano social e político.

Para aprofundar esse estudo, basear-se-á no estudo de Cappelletti e Garth (1988), que dividiram em três as ondas renovatórias do processo, chamando-as de “três ondas de acesso à justiça”.

A primeira onda refere-se à garantia de assistência judiciária aos pobres, momento em que se discute o elevado valor das custas judiciais que recaem sobre as partes, o que é importante barreira ao acesso à justiça, além dos que não podem arcar também com os honorários advocatícios. Pensa-se, então, em alternativas, como a concessão de assistência judiciária aos que se enquadrassem nos requisitos de legais de “pobre”, passando o Estado a garantir, por sua conta e com seu orçamento, advogados públicos. Cita-se, no caso do direito processual brasileiro, a instituição da Defensoria Pública e a lei de assistência judiciária.

Importante lembrar que a possibilidade das partes de ter efetivado um acesso à justiça compreende também, além das vantagens de recursos financeiros, a diferença de educação e meio social, elementos cruciais na acessibilidade à justiça. Some-se a isso que as pessoas têm limitados conhecimentos sobre a maneira de ajuizar uma demanda.

A segunda onda compreende os problemas especiais dos interesses difusos, esses entendidos como a saúde, a segurança, o meio ambiente e a educação. São os chamados interesses coletivos ou fragmentados, que não se encontram individualizados em alguém especificamente.

Aí reside o problema, pois as tutelas jurisdicionais, até então, preocupavam-se com a garantia de direitos que sempre tinham um interesse pessoal. Apresentam-se, no que tange a esses direitos, obstáculos mencionados por Cappelletti e Garth (1988), a começar pelo argumento de que não há incentivo para que apenas um indivíduo enfrente um litígio para tentar defender esses interesses e continuado pelo fato de que, mesmo quando as partes interessadas se reúnem, “podem estar dispersas, carecer de necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum”.

No Brasil, por exemplo, na busca de minimizar esse obstáculo, podem ser citadas a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, dentre outros, bem como o papel do Ministério Público na proteção dos novos interesses do público em geral ou de grupos. O fato é que é necessária, ao fim, uma solução mista ou plural, que seja o enfrentamento do problema por grupos particulares, defendendo interesses em uma eficiente ação em grupo, e a combinação dos recursos outrora mencionados, a exemplo das ações coletivas.

A terceira onda renovatória reconhece os avanços alcançados com as duas primeiras ondas, mas, em uma visão crítica, enxergando-as como algumas das alterações necessárias para alargar a possibilidade de melhorar o processo. Isso significa dizer que se buscar ir além na preocupação em fazer efetivos os interesses da sociedade.

A priori, pode-se mencionar que se propõe a reforma do processo, com alterações nas formas de procedimento, na estrutura dos tribunais e necessidade de criação de novos, no uso de pessoas leigas, tanto como juízes quanto como defensores, bem como modificações no direito subjetivo com vistas a, se não evitar litígios, ao menos dirimi-los com mais facilidade, além de propor o uso de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O que se pode afirmar é que, como consequência dessas ondas renovatórias, foram introduzidas profundas transformações na legislação brasileira, com novos enfoques e preocupações. Todavia, deve ser analisado, no processo, também as limitações, reconhecendo que existem perigos em propor reformas por demais idealizadoras de acesso à justiça, sob o risco de não se alcançar o maior objetivo: a efetividade do acesso à justiça.

3 SOLUÇÕES PARA A “CRISE” NO PROCESSO

Inegável o ritmo acelerado em que ocorrem alterações sociais e o aumento de conflitos. O Estado, por sua vez, tem a competência para dirimir os conflitos de interesse e, investido de jurisdição, procura o aprimoramento da tutela jurisdicional – direito fundamental – que oferece, recorrendo à estrutura do processo para efetivá-la.

Além de almejar a melhoria das técnicas processuais, o direito processual vale-se das tutelas alternativas, a exemplo da convenção e da arbitragem, como formas de viabilizar o acesso à justiça. Trata-se de mecanismos que incutem, inclusive, a ideia de participação do indivíduo e de decisão das partes.

Entretanto, a efetividade do acesso à justiça não esbarra apenas na melhoria das técnicas processuais ou no desvio da tutela jurisdicional para meios alternativos. É nesse sentido que, a par de toda essa discussão sobre a melhoria da prestação jurisdicional e de outras formas de solução, vale ressaltar a opinião, com a qual se compartilha, de Cappelletti e Garth (1988, p. 90):

Examinamos, até agora, as possibilidades de reformas dos *tribunais regulares* e as fórmulas gerais para *desviar* os casos dos tribunais. Ambas as técnicas, como notamos, são crescentemente importantes. No entanto, o movimento mais importante em relação à reforma do processo se caracteriza pelo que podemos denominar de desvio *especializado* e pela criação de *tribunais especializados*.

Esse aspecto também merece análise cuidadosa, pois consiste em uma proposição moderna, vanguardista e crescente, que deve ser aplicada com cautela, para que não abandone as garantias fundamentais do processo civil. É nesse sentido que se busca avançar, observando que a efetividade do acesso à justiça significa, de fato e concretamente, a eliminação das injustiças e o respeito aos direitos.

Considera-se importante esclarecer que as técnicas processuais devem constituir as ferramentas adequadas para impor as soluções desejadas e previstas. Nenhuma reforma processual ou judicial conseguirá suprir as mudanças política e social viscerais, entretanto, não se pode negar que a consagração da efetividade dos direitos subjetivos, marcada pela rapidez da prestação jurisdicional, são grandes inovações x na seara do processo civil, em combate à lentidão, inadequação e superação das fragilidades processuais.

Em resumo ao que já dito aqui, acrescenta Marinoni e Arenhart (2004, p. 29):

O que importa deixar claro, porém, é que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade.

O intuito é sempre, ao final, buscar que prevaleça o aspecto positivo da instrumentalização do processo: sua aptidão em, além de compor o litígio, solucioná-lo.

4 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

Analisados os liames do direito processual civil brasileiro, o longo processo evolutivo de acesso à justiça e as barreiras e obstáculos enfrentados para viabilizar a efetividade da prestação jurisdicional, interessante é o estudo, agora direcionado, das tutelas jurisdicionais chamadas de diferenciadas. Antes disso, todavia, pela complexidade do tema, não se deve exaurir a busca pela compreensão da tutela jurisdicional genericamente tratada. É nesse sentido que ensina Câmara (2009, p. 87):

Tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, ou seja, uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem. Assim sendo, só tem direito à tutela jurisdicional (como, de resto, à tutela jurídica) aquele que seja titular de uma posição jurídica de vantagem.

Assim, observa-se a impossibilidade de falar de tutela sem considerar seus sujeitos, pois, peças fundamentais da relação jurídica processual. Sobre o assunto, ensina (Rosemberg, 2005, p. 20):

O conteúdo da *relação jurídica processual* é formado pelas relações entre o Estado (por meio do tribunal como seu órgão) de um lado, e as partes, de outro, e as surgidas entre as últimas, todas reguladas pelo direito processual. [...]

O *tribunal* está obrigado a administrar a justiça e as *partes* têm direito sobre aquilo que pode se denominar de *pretensão à administração da justiça*, ou, à *outorga da justiça*, ou, simplesmente *pretensão à justiça*.

Nesse estudo, embora se reconheça a importância das formas tradicionais de tutela jurisdicional – conhecimento, cautelar e executiva – o enfoque direciona-se às tutelas diferenciadas. Dessa forma, o que se defende, além de todos esses conceitos, é que a tutela jurisdicional verdadeira é aquela que dá aos sujeitos a garantia de uma tutela jurisdicional adequada.

No estudo atual da tutela jurisdicional diferenciada, dá-se o enfoque mais específico para a tutela adequada à satisfação do direito material, resultado das alterações no processo, que se revelou inábil e insuficiente para promover a satisfação social, ou seja, para possibilitar a integração entre o direito processual e material, garantindo a esse uma maior efetividade. Pode-se dizer, ainda, com maior prolixidade: busca-se que o direito processual, mostrando-se efetivo, permita que o direito material seja alcançado.

Nesse contexto, paralelas às formas de prestação jurisdicional tradicionais, surgem outras possibilidades de efetivar o direito. Surgem, inclusive, formas de prestação não-jurisdicionais de tentativa de resolução de conflitos, conforme escreve Morais e Spengler (2008, p. 75):

Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais.

Observadas todos esses delineamentos, passa-se, em seguida, à análise mais específica das tutelas diferenciadas.

4.1 CARACTERÍSTICAS

Eis a principal característica que deve possuir para ser considerada diferenciada: ser instrumento capaz de propiciar efetivo acesso à justiça.

Além disso, em regra, busca-se a emergência na prestação, ou seja, a concessão em sede de cognição sumária, desde que não viole o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista a necessidade que as tutelas possuem de serem concedidas com celeridade.

É preciso observar, contudo, que nem todas as medidas cautelares e procedimentos especiais podem ser considerados exemplos de tutela jurisdicional diferenciada. Apenas o são quando unirem efetividade à celeridade da prestação.

Assim, a análise precisa observar a presença de tais características. Aproveita-se esse espaço para tratar daquelas que se referem aos procedimentos especiais, aos remédios constitucionais e à tutela antecipada, seguindo uma metodologia de estudo proposta por Xavier (2011).

No que tange aos procedimentos especiais, dirigem-se a direitos materiais que, como o próprio nome sugere, apresentam peculiaridades. Referem-se, logo, ao direito

subjetivo dos litigantes, servindo tanto para garantir celeridade processual como diminuição de custos.

Quanto aos remédios constitucionais, são garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos como forma de resguardar direitos fundamentais. Fala-se, aqui, do *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança e de Injunção e a Ação Popular.

Em último, antes de adentrar no estudo das tutelas diferenciadas a que se propõe esse estudo, fala-se, ainda, das tutelas antecipadas, segundo os ensinamentos de Câmara (2009, p. 91):

Trata-se, pois, de forma de tutela jurisdicional diferenciada, que por isto mesmo deve ser considerada como excepcional. A tutela antecipada só poderá ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, ou seja, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial”.

Observa-se, pois, ser medida que possibilita, sobretudo, celeridade na prestação dos serviços jurisdicionais.

Concluída, assim, a análise conceitual das tutelas diferenciadas, segue o estudo mais detalhado, objeto central deste trabalho.

5 FORMAS DE EFETIVIDADE DA TUTELA

Neste capítulo, far-se-á o estudo dos pontos individuais de solução dos conflitos. Ainda fazendo referências às reformas ocorridas para o alcance da melhoria da prestação jurisdicional, utilizam-se as palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 75), para enfatizar que todo tipo de reforma se relaciona, de forma muito próxima, com outras reformas:

Uma mudança na legislação que dê aos inquilinos maiores direitos, por exemplo, pode ter inicialmente efeitos muitos tímidos; mas uma alteração subsequente no método de outorga da prestação jurisdicional poderia alertar os inquilinos para seus novos direitos e mesmo acrescer o volume de causas perante tribunais desacostumados aos litígios contenciosos entre locadores e locatários.

Observa-se, nesse contexto, que as reformas devem seguir seu progresso natural, para seu próprio aprimoramento, e também para acompanhar o ritmo das alterações sociais. O destaque que se busca dar é que a evolução e as reformas implantadas não são estáticas.

Além disso, importante observar que se trata aqui não apenas dos procedimentos judiciais como instrumentos de garantir o direito constitucional ao acesso à justiça, mas também dos administrativos, sempre em busca de alcançar a sociedade moderna, em sua evolução tecnológica, administrativa e comportamental.

Deste modo e com essa breve introdução, começa-se o estudo mais aprofundado dos institutos de prestação jurisdicional, chamando atenção para o fato de que muitos conflitos envolvendo as tutelas de direitos individuais e coletivos, ainda que haja esforço em encontrar medidas alternativas e diferenciadas, continuarão a ser submetidos a tribunais regulares.

5.1 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

A começar pela arbitragem e mediação, tratam-se, ambas, de hipóteses em que há a presença de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, com o intuito de auxiliar as partes envolvidas a encontrarem uma solução para o conflito.

Sobre a mediação, tem-se a dizer que a presença do terceiro imparcial objetiva estimular os próprios envolvidos a alcançarem uma solução; ao analisar a origem da palavra “mediação”, logo se chega a um entendimento de que é necessária a presença de alguém no meio, pois a crise instaurada pelo litígio bloqueia a comunicação, elemento imprescindível à solução de qualquer conflito.

Ao tratar do tema, Bueno (2010, p. 44), em clara exposição, salienta que se trata de tema carente de previsão legal, mencionando o projeto de lei em trâmite no Senado Federal (PLC n. 94 de 2002):

De acordo com o projeto, ‘mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual’.

De acordo com esse projeto, haverá duas espécies de mediação. Uma delas prévia, que é opcional; e a outra incidental, cuja tentativa passará a ser obrigatória.

De um modo geral, todavia, é possível afirmar que, na mediação, as partes se apropriam do poder de gerir, elas mesmas, seus conflitos. O terceiro presente é desinteressado, investido da intenção, apenas, de servir como meio a que as próprias partes alcancem um resultado comum.

Morais e Spengler (2008), em um estudo aprofundado sobre o tema, definiram as principais características da mediação, quais sejam: a privacidade, a economia financeira, a oralidade, a reaproximação das partes, a autonomia, bem como o equilíbrio entre as partes. São adjetivos que, ao longo desse trabalho, dão a tônica do que se define como medida alternativa ou diferenciada de solução de conflitos.

Esses autores, ao ponderar as críticas ao instituto, sobretudo no que se refere às reclamações por uma legislação específica, concluem:

É por isso que o risco de introduzir a mediação no sistema jurisdicional é reduzi-la à condição de um mero instrumento a serviço de um Sistema Judiciário em crise, mais do que da paz social. A sua institucionalização pode resultar útil se observada conforme critérios econômicos, mas perigosa de acordo com critérios jurídico-políticos.” (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 153).

No que tange à arbitragem, por sua vez, trata-se de uma das formas de solução de conflitos mais difundida no direito brasileiro, com entendimento cediço de que sua aplicação não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É, também, importante ressaltar que a arbitragem é um conceito antigo, que certamente evoluiu ao longo do tempo, mas que desde sempre assumiu papel importante no tratamento dos litígios.

Hoje, continua com seus principais elementos: as partes escolhem, de comum acordo, o terceiro – um ou mais árbitros – a solucionar o conflito, tendo, pois, ampla liberdade de contratação; elegem a norma a ser aplicada, podendo convencionar, inclusive, na opinião de Didier (2009), que o julgamento se realize com base nos costumes; a imposição da decisão do árbitro.

No que tange à sua aplicação no direito brasileiro, importante mencionar que a decisão resultante da arbitragem constitui-se em título executivo judicial, com a desnecessidade de que seja homologada judicialmente, o que a torna, portanto, eficaz como sentença condenatória ou constitutiva.

Embora o tema deste trabalho seja aplaudir as tutelas diferenciadas garantidoras da efetividade do acesso à justiça, não se pode passar para o próximo tópico sem, ao menos, expor a discussão doutrinária sobre a natureza da tutela.

Assim, a doutrina divide-se entre aqueles que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem e aqueles que afasta a jurisdição desse instituto, utilizando-se de argumentos diversos, como o de que a arbitragem é manifestação de autonomia da vontade e a escolha de um árbitro tem como consequência a renúncia a jurisdição.

Essa discussão – tese contratualista e tese jurisdicional –, ao fim, mostra-se válida para situar a arbitragem no campo do direito e dá-lhe cada vez mais importância. Só o debate amplo leva à evolução.

5.2 AUTOCOMPOSIÇÃO: TRANSAÇÃO

Quando os conflitos podem ser resolvidos por ato dos próprios envolvidos, passa-se a falar de autocomposição. Entretanto, importante salientar que a solução dos conflitos acontece sem o uso da força; ao contrário disso, deriva da vontade das partes, estando em consonâncias com os princípios e o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, no que diz respeito à transação, também chamada conciliação, esta deve ser entendida como meio alternativo à solução dos conflitos porque traduz a vontade dos envolvidos no litígio a fim de alcançar sua solução.

No que diz respeito às discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica, dividimos o entendimento de Rodrigues (2010, p. 100), cujas observações sobre o tema passa a se transcrever:

Por tudo isso, apenas pode-se colocar como equivalente de jurisdição a transação, pelo fato de que só nesta hipótese elencada no art. 269 do CPC é que realmente existe sentença homologatória, vez que a lide foi composta ‘mediante ato de causação. É que dele participam o juiz, homologando o negócio jurídico processual, e o autor ou autores da declaração de vontade com que se solucionou o litígio’.

Por fim, deixa-se clara a existência de latente diferença entre mediação e conciliação. Por esta última, deve-se entender que o terceiro – conciliador – pode propor soluções para o litígio, enquanto na mediação o terceiro – mediador – auxilia as pessoas a identificarem, por si próprias, alternativas, mecanismos e instrumentos que se prestem ao benefício comum.

5.3 AUTOTUTELA

Guarda como principal diferença em relação à autocomposição o fato de que se utiliza, a parte vencedora, do exercício da força. Apenas por essa informação já se observa, nitidamente, que não é a forma que mais deve ser prestigiada, uma vez que se vive em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, ou por essa razão, consiste em medida excepcional, com raras previsões legais. Mas não pode deixar de ser tratada como forma de solução de conflitos por vias alternativas, consistindo, assim, em tutela diferenciada.

Para concluir este breve estudo, salienta-se que é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, sendo imediata, mas não definitiva, tudo isso porque se utiliza do elemento da “força”. Porque?

5.4. TUTELAS COLETIVAS

No estudo da terceira onda renovatória do acesso à justiça, mereceu atenção o problema da defesa dos interesses que não cabiam a um particular, isoladamente, mas a um grupo social. Tratou-se, na oportunidade, de exemplos como o do meio ambiente, das causas consumeristas, entre outras.

Esse rol, por exemplo, pode-se alargar até o mandado de segurança coletivo, caso em que Carneiro (2006, p. 59), expõe:

Assim, no pólo da relação processual não irá figurar somente a pessoa cujo direito subjetivo tenha sido, ou se afirme que o foi, violado por ato ilegal ou praticado com abuso de poder, por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; mas poderá figurar, também, a ‘organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados’, assim como o ‘partido político, com representação no Congresso Nacional’ (Constituição Federal, art. 5º, LXIX e LXX).

O importante desse debate é esclarecer que a proteção alcança os direitos ditos coletivos, no sentido de que existe um vínculo jurídico que promove a união das pessoas pertencentes a um mesmo grupo, com mesmos interesses ou com as mesmas garantias

violadas. Exemplo disso é a extensão dos efeitos da coisa julgada na tutela coletiva às pessoas não habilitadas.

Explica Gavronski (2010, p. 208), ainda, sobre a questão extraprocessual:

“Essa legitimidade coletiva é a mesma para as técnicas extraprocessuais, ainda que, com relação a elas, sejam diferenciadas as possibilidades de atuação, visto que, por exemplo, somente o Ministério Público pode valer-se do inquérito civil e da recomendação. Essas diferenças, porém, [...], estão longe de comprometer uma efetiva atuação extraprocessual dos demais legitimados coletivos”.

Por fim, cumpre ressaltar que as tutelas coletivas são mecanismos para superar os obstáculos que se apresentavam quando se tratava dos direitos e interesses coletivos.

5.5 JUIZADOS ESPECIAIS

A jurisdição especial é aquela exercida pelas Justiças Especiais ou Especializadas, cujas competências são fixadas em razão da matéria objeto da prestação jurisdicional.

Mas isso não extrai deles o principal elemento definidor da sua natureza de função jurisdicional, uma vez que continua a atuação do Estado-juiz para a solução dos conflitos. Conforme Bueno (2010, p. 46):

O que existe, no âmbito dos Juizados Especiais, bem diferentemente, é a criação de um *procedimento* extremamente mais simplificado que aqueles conhecidos pelo Código de Processo Civil [...].

Assim, a instituição da Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, traz o procedimento sumaríssimo, conferindo celeridade, e também a efetividade do acesso à justiça por aqueles que esbarram no problema das custas financeiras que um processo representa, uma vez que, dentre outras disposições, é possível propor e contestar as reclamações sem a necessidade de estar assistido por advogado quando as causas não forem superiores a 20 salários mínimos.

Em suma, trata-se de procedimento que objetiva a desburocratizar e desformalizar o processo, a fim de garantir o direito fundamental ao cidadão de acesso efetivo à justiça e à prestação jurisdicional com efetividade.

5.6 SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Por último, trata-se da possibilidade de solução de conflitos por intermédio de Tribunal Administrativo, assunto do qual trata Didier (2009), mencionando, dentre outros, o Tribunal Marítimo, o Tribunal de Contas, as agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Sobre esse mecanismo de solução de conflitos, Didier (2009, p. 81) ensina:

A decisão de conflito por tribunal administrativo é exemplo de *equivalente jurisdicional*, pois, embora se trate de solução por *heterocomposição* dada por um *sujeito imparcial* diante de uma situação *concreta*, faltam-lhe os atributos da *aptidão para a coisa julgada material* e da *insuscetibilidade de controle externo*, indefectíveis da atividade jurisdicional.

Em resumo, tratam-se de instituições que possuem atividade precipuamente administrativas e também fiscalizatórias, cuja atribuição reside em capacidade de decidir sobre assuntos pontuais, de sua competência e conhecimento exclusivo ou específico.

Faz-se o registro dessa possibilidade, pois é necessário aplaudir todas as medidas que busquem celeridade e satisfação na prestação jurisdicional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar que é imprescindível a existência de regras jurídicas – e processuais – que garantam a convivência harmônica, a paz social e a satisfação das partes. Esses conflitos não são apenas individuais, podem também se referir à coletividade.

Independente do direito a que se pleiteia, se individual ou coletivo, o certo é que o Estado, por meio do processo, nem sempre consegue garantir todas as pretensões das partes, razão pela qual se pensa em vias alternativas para garantir a solução dos conflitos, aqui chamadas de medidas alternativas ou tutelas diferenciadas.

Toda essa análise é feita a partir da observância da finalidade primeira do processo civil, que seja oportunizar à sociedade, a solução dos litígios de maneira em que estejam presentes a agilidade, com baixo custo e de modo efetivo.

Para compreender esse raciocínio, não se pode esquecer de estudar a crise no processo. Crise existente no direito brasileiro e em muitos outros sistemas jurídicos, tendo

cada um buscado mecanismos e alternativas para dirimir ou reduzir os impactos negativos dela oriundos.

Assim, como analisado, a crise no processo é decorrente da evolução social e dos novos anseios por justiça. Mais que isso, por efetividade e instrumentalidade do direito, devendo-se buscar mecanismos que garantam esses anseios e ideais. Quanto mais o meio for adequado a proporcionar a tutela dos direitos, maior efetividade terá a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar o real significado de efetividade e em que consiste o acesso à justiça, sempre preocupado em relacionar os conceitos e o estudo, de um modo geral, com a realidade vivida pelo sistema judiciário brasileiro. Assim, o direito de acesso à justiça aparece como garantia de que a tutela jurisdicional tem capacidade de fazer valer, de modo integral, o direito material.

Não se olvidou, todavia, de sempre balancear os ideais de acesso à justiça e as reais possibilidades do sistema, sem, todavia, deixar de se propor medidas que aprimorem a efetividade.

O intuito do trabalho foi defender que as medidas alternativas prestam-se a auxiliar nessa busca – que deve ser incessante – pela efetividade e satisfação plena dos interesses dos cidadãos. Não se consegue exaurir a matéria, pela sua própria complexidade e por ser assunto atual e moderno, logo, em constante aprimoramento.

Entretanto, ao fim, é possível perceber que o direito processual civil brasileiro, por meio de sua legislação, já consegue proporcionar vários meios de prestação jurisdicional efetiva, com aplicação de medidas, de fato, diferenciadas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **As reformas e questões atuais de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BAPTISTA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v.1

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. v.1

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Freddie Souza. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2009. v.1

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v.3

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSEMBERG, Leo. **Da Jurisdição no Processo Civil**. Campinas: Impactus, 2005.

SCHONKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Romana, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

XAVIER, Sérgio Souza. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 391, 2 ago 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5523>>. Acesso em: 21 jul 2011.