



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ROSALINA FREITAS MARTINS DE SOUSA

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E
A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO
CONTROLE JURISDICIONAL (CRFB/88, ART. 5º, XXXV)**

TESE DE DOUTORADO

Recife
2017

ROSALINA FREITAS MARTINS DE SOUSA

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E
A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO
CONTROLE JURISDICIONAL (CRFB/88, ART. 5º, XXXV)**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de pesquisa: Estado, constitucionalização e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

Coorientador: Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha

Recife
2017

S725f Sousa, Rosalina Freitas Martins de
A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV) / Rosalina Freitas Martins de Sousa. – Recife: O Autor, 2017.
213f.

Orientador: Profº. Drº Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.
Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Controle da Constitucionalidade - Brasil. 3. Controle Jurisdicional de Atos Administrativos. 4. Constituição, Brasil (1988). 5. Jurisdição - Brasil. 6. Poder Judiciário - Brasil. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2017-36)

Rosalina Freitas Martins de Sousa

**“A função jurisdicional adequada e
a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional
(CRFB/88, art. 5º, XXXV)”**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal de
Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do
grau de Doutor em Direito.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas
Cavalcanti.**

**Coorientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro
Coutinho Berardo Carneiro da Cunha**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Professor Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti**

Assinatura: _____

Professor Dr. **Luiz Rodrigues Wambier** (1º Examinador externo/IDP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Dra. **Ingrid Zanella Andrade Campos** (2º Examinadora externa/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Dra. **Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo** (3º Examinadora externa/UPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor **Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha** (4º
Examinador interno e coorientador/ UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor **Edilson Pereira Nobre Júnior** (5º Examinador interno/ UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 15 de março de 2017.

Coordenador de curso Professora Dra. **Juliana Teixeira Esteves**

Aos meus pais, Antonio e Rita, e aos meus tios e padrinhos, José Horário (*in memoriam*) e Araci, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Certa vez, disseram que “a gratidão é a lembrança do coração”. Realmente faz sentido...

Concluir um doutorado não é empreendimento simples. A seleção, com todas as suas etapas e desdobramentos; o tempo dedicado aos estudos, incluindo aquele que antecede todo o processo seletivo; o cumprimento dos créditos das disciplinas; as leituras, muitas leituras; o desafio de “achar” a tese; o processo criativo; a delimitação do objeto de estudo; os cortes metodológicos; a confecção do texto do trabalho; as questões formais; a defesa pública, enfim, tudo isso exige muita energia, esforço e dedicação daquele que se propõe a entrar nessa empreitada acadêmica.

Um trabalho dessa envergadura, no entanto, não é resultado apenas de um esforço unicamente individual. Muitas pessoas também acabam mergulhando nessa jornada junto com o doutorando, e, justamente por isso, terminam por experimentar “as dores e os sabores” de um ciclo dessa natureza.

Por isso, este espaço do trabalho é tão especial. É este o local próprio para, formalmente, volver ao coração e expressar gratidão a todos aqueles que, de algum modo, também participaram dessa desafiadora trajetória. Sem o apoio e o incentivo de diversas pessoas, já tão especiais, não teria sido possível encerrar mais esse ciclo da minha vida acadêmica.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Antônio e Rita, que sempre me estimularam para os estudos, tendo sido os grandes responsáveis por tudo que eu tenho ou possa vir a conquistar em minha vida. Obrigada, painho e mainha, por tudo que fizeram e continuarão a fazer, pelo exemplo de caráter, dedicação, desprendimento e amor que sempre dispensaram a mim e a minha irmã, na certeza de que formamos uma bela e estruturada família.

A minha irmã Marina reafirmo o meu amor e admiração, na certeza de que nossos caminhos para sempre estarão interligados pela história que compartilhamos, recheada de bons momentos, e por tudo que ainda vamos vivenciar.

Agradeço ao Professor Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, meu orientador, pelo estímulo, pela confiança, pelos conselhos, pelo carinho que tem por mim e pelos meus e por ter me ajudado durante todo esse desafio, inclusive abrindo as portas da sua grande e invejável biblioteca, tendo, inclusive, me doado alguns livros. Que o fechamento dessa etapa na minha vida acadêmica, meu querido amigo e professor Ivo, seja capaz de abrir uma nova porta, para que eu possa continuar desfrutando da sua amizade, companhia, orientação e sabedoria, por muito e muito tempo! Obrigada, de coração!

Agradeço ao professor Dr. Leonardo Carneiro da Cunha, meu coorientador, pela disponibilidade e por ensinar com dedicação e afinco, além de fomentar em seus alunos o hábito de formarem opinião. Meu caro professor Leonardo, ter sido sua aluna e orientanda no mestrado; ter sido sua aluna no doutorado e poder contar com seu apoio e orientação também nessa outra investida acadêmica, sem dúvidas, foi um presente e uma grande oportunidade! Suas lições me engratecem bastante e ficarão guardadas comigo. Obrigada também pelas conversas e por ter contribuído, decisivamente, para a escolha do

tema do presente trabalho. Assim como disse quando me referi acima ao professor Ivo, espero continuar usufruindo da sua amizade, orientação e sabedoria, por muitos anos!

Ao Desembargador Alberto Nogueira Virgínio fica o meu mais sincero registro de gratidão por todas as oportunidades que me foram e continuam a ser dadas diariamente no Tribunal de Justiça do Estado Pernambuco. Agradeço pela amizade fraterna, e, sobretudo, por toda a compreensão durante o tempo em que estive debruçada nas pesquisas e confecção do trabalho científico. Sem o seu apoio, meu caro amigo, eu, certamente, não teria conseguido desenvolver e concluir esse trabalho.

Um agradecimento especial às amigas que integram o grupo de pesquisa “Jurisdição e Processos Constitucionais na América Latina – PROCAL”, liderado pelo professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, especialmente a Gina Gouveia Pires de Castro, inclusive pelo estímulo inicial para que eu tomasse coragem e me inscrevesse na seleção do doutorado, a Anna Priscyla Lima Prado, Angélica Veríssimo e Thaminne Moraes, por todos os diálogos, pelas dicas, pelo apoio, carinho e pelo empréstimo de vários livros que foram utilizados durante a pesquisa. Cada uma, a seu modo, desempenhou papel fundamental durante todo o processo de confecção da tese! Essa trajetória ficou mais fácil com vocês por perto, acreditem!

A minha amiga-irmã Renata Dayanne Peixoto de Lima que, entre “intermináveis” conversas, prestou conselhos proveitosos, e, mais, vivenciou junto comigo – e me permitiu que eu vivenciasse junto com ela – todo o fechamento de mais esse ciclo acadêmico nas nossas vidas. Pretinha, estamos encerrando juntas essa fase, com a entrega das nossas teses de doutorado! Que alegria!

Aos meus amigos do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, especialmente a “Crauzinha”, Aninha Lúcia, “Tio Hélio”, Lucivânia, Katia Ory, Mari e Bruna Soares, por todo o apoio e, ainda, pela pronta disponibilidade em atender meus pedidos de empréstimo de livros junto à biblioteca, quando a minha cota já havia ultrapassado. Obrigada também por terem “segurado a onda” durante todo o período em que fiquei afastada das minhas atividades profissionais para cuidar dos estudos e confecção da tese.

Agradeço às amigas Germana Lucena, Bianca Valadares, Rejane Arruda e Manoela Alves, parceiras de todas as horas, que me acolheram e acompanharam de perto a elaboração deste trabalho. Agradeço, de verdade e de coração, pela amizade, afeto e paciência.

Um agradecimento especial, em forma de abraço apertado, a Carminha, a Gilka e aos demais funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Todo o cuidado, profissionalismo, disponibilidade, gentileza e afeto a mim dispensados, fizeram a diferença durante todo esse ciclo. Obrigada por tudo!

A Alê Spinelli, pela disponibilidade e grande ajuda no inglês.

Aos meus alunos do Centro Universitário Maurício de Nassau, agradeço por mais aprender do que ensinar e, ainda, pela agradável convivência.

Ainda agradeço, de coração, a todos os familiares e amigos que se fizeram presentes nessa jornada, torcendo, vibrando ou intercedendo por mim, mesmo que de forma discreta. Como disse Vinícius de Moraes, “Você não faz amigos, você os reconhece”. A todos esses, também meu muito obrigada!

Ao Grande Arquiteto do Universo, pelo que enalteço Seu nome e minha fé, que propago agindo sempre com amor, dignidade e honestidade.

“[...] a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões têm implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade”.

Jacques Chevalier

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, extraído a partir do texto do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo veda que qualquer questão, inclusive a ameaça de lesão, seja subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, o Poder Judiciário não detém *expertise* para o trato de determinadas matérias. Há diversos órgãos administrativos – organizados inclusive com razoáveis garantias de independência – que atuam em áreas técnicas e específicas e que, por isso mesmo, não deveriam ter suas decisões passíveis de controle ilimitado pelo Poder Judiciário. Porém, as decisões proferidas por esses órgãos podem ser – e recorrentemente têm sido – submetidas ao crivo judicial, justamente em razão do art. 5º, XXXV, da CRFB/88. A tutela jurisdicional pode ser prestada adequadamente por outros órgãos administrativos. Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema multiportas, que consagra uma variedade de mecanismos para a solução de controvérsias; considerando, mais, que a função jurisdicional pode ser exercida por outros órgãos não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, conforme admite a construção teórica da separação de funções estatais, numa versão contemporânea; considerando o reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, que afasta o monopólio da jurisdição pelo Estado e, em particular, pelo Poder Judiciário; considerando, também, que não se vislumbra diferença ontológica entre Jurisdição e Administração; considerando, ainda, a existência de um instrumento garantista também na Administração Pública, no caso, o processo administrativo; cumpre lançar um novo olhar sobre o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a interpretá-lo para assegurar que alguns órgãos administrativos, quando do exercício da função jurisdicional, não tenham suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário. Propõe-se uma interpretação evolutiva, de modo a atribuir ao vocábulo **poder**, constante do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, o sentido de **função**, e não de Poder Judiciário enquanto órgão, como tradicionalmente compreendido. O texto normativo passaria a ostentar a seguinte redação: “a lei não excluirá da função jurisdicional lesão ou ameaça a direito”. A partir dessa interpretação, que, inclusive, se encontra em harmonia com o art. 3º do CPC/2015, o princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 adquire uma feição prestacional, não de simples garantia passiva, mas de uma obrigação a ser ativamente prestada pelo Estado, que deve considerar o aspecto da eficiência do serviço a ser ofertado à sociedade. Considerando as habilidades técnicas exigidas para o trato de algumas matérias, o legislador deve editar regras atribuindo competência a órgãos mais adequados. Deve o legislador, ainda, estabelecer limites para o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido pela Administração, como fez em relação à arbitragem, onde o Poder Judiciário, quando provocado, não pode modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito. O dispositivo ainda se dirige ao órgão julgador competente para o exercício da função jurisdicional, que fica proibido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Inafastabilidade. Jurisdição. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Função jurisdicional adequada.

ABSTRACT

The present work has as object of study the principle of non-obviation of jurisdiction control, from the Article 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988, according to which “the law will not exclude the assessment of the Judicial Branch injury or Right threat”. The device closes that any issue, including threat of injury, be subtracted from the appreciation of the Judicial Branch. However, it does not hold *expertise* to handle certain matters. There are several administrative bodies – organized with reasonable independence guarantees – which works in technical and specific areas and that should not have your decisions liable of unlimited control from the Judicial Branch. Yet, the sentences pronounced by these bodies can be – and have been recurrently – submitted to judicial sieve, precisely because of the Constitutional Article quoted above. Jurisdiction protection can be properly provided by other administrative bodies. Considering the Multidoor Courthouse System adopted by Brazilian legal system, which establish variety of mechanisms for dispute resolution; considering, moreover, that jurisdictional function can be exercised by other bodies not linked to Judicial Branch structure, as it admits the theoretical construction of separation of state functions, in its contemporary version; considering the recognition of arbitration’s jurisdiction nature, which moves away the monopoly of jurisdiction by the State and, in particular, by the Judicial Branch; considering that does not visualize the ontological difference between jurisdiction and administration; considering, still, the existence of a guarantor instrument also in the Public Administration, in this case, administrative proceeding; meets launch a new eye over the Article 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988, in order to interpret it to ensure that some administrative bodies, when exercising jurisdictional function, does not have your decisions unlimited controlled by the Judicial Branch. It is proposed an evolutionary interpretation, in order to attribute to the word **power**, constant of the Article 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988, the meaning of **function**, and not from Judicial Branch as body, as traditionally understood. The statutory text would print the following composing: “the law will not exclude from the jurisdictional function injury or Right threat”. From this interpretation, which is in harmony with the Article 3 of the Civil Code of Procedures of 2015, the principle fixed in the Article 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988 acquires a provisional feature, not only a simple passive guarantee, but an obligation to be actively provided by the State, that should consider the aspect of efficiency of the service to be offered to the society. Considering the technical abilities required to handle certain matters, the legislator should edit rules assigning skills to the more suitable bodies and also set limits to the control by the Judicial Branch how decided by the Administration, as done in relation to arbitration, where it, when provoked, can’t modify the arbitration award regarding on your merit. The device is still addressed to the competent judicial body to exercise jurisdictional function, which is prohibited from exemption from responding to request of jurisdictional protection.

Key words: Non-obviation. Jurisdiction. Principle of non-obviation of jurisdiction control. Suitable jurisdictional function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE VÁRIOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS.....	19
1.1 Uma breve noção da passagem da modernidade à pós-modernidade. O ponto de partida para se compreender as mudanças operadas no Estado, na atuação do Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos.....	20
1.2 Acesso à justiça, <i>alternative dispute resolution</i> e <i>multi-door courthouses</i>	28
1.3 Da alternatividade à adequação: a adoção do modelo multiportas pelo Código de Processo Civil brasileiro.....	35
2 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NÃO É EXCLUSIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.....	46
2.1 Um breve volver acerca da teoria da separação de poderes: a construção clássica sistematizada por Montesquieu e a complementação da teoria pela doutrina norte-americana dos <i>checks and balances</i>	47
2.2 O esgotamento da matriz clássica e uma visão contemporânea do princípio da separação de poderes.....	52
2.2.1 Distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais com competências próprias.....	54
2.2.2 Ainda sobre a tripartição de Poderes e funções. Uma reflexão a respeito da existência de outras estruturas orgânicas e de outras funções estatais.....	58
2.2.3 Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos.....	60
2.3 O destaque para algumas funções atípicas exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro.....	61
2.3.1 A função jurisdicional e a função executiva do Poder Legislativo.....	62
2.3.2 A função legislativa e a função jurisdicional do Poder Executivo.....	63
2.3.3 A função executiva e a função legislativa do Poder Judiciário.....	64
2.3.4 Ainda sobre a função legislativa do Poder Judiciário: a consagração do chamado sistema-modelo no ordenamento processual brasileiro.....	69
3 A NATUREZA JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM E OS PONTOS DE CONTATO ENTRE JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO.....	74
3.1 A completa superação da ideia de que a jurisdição é monopólio estatal.....	75
3.2 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à natureza jurisdicional da arbitragem.....	83
3.3 A relação cooperativa entre juízes e árbitros. A possibilidade de aplicação da mesma lógica entre o Poder Judiciário e a Administração Pública.....	92
3.4 Não há diferença ontológica entre jurisdição e administração. O reforço com alguns argumentos relacionados à discussão sobre a natureza jurisdicional da arbitragem.....	97
4 A PROCESSUALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E ALGUNS CASOS MARCANTES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.....	112

4.1 O processo administrativo como instrumento adequado de resolução de controvérsia.....	113
4.2 Casos marcantes de processos administrativos e sua correlação com a inafastabilidade do controle jurisdicional.....	121
4.2.1 O Conselho Nacional de Justiça e o exercício da função jurisdicional no caso de processos administrativos disciplinares. O controle pelo STF quanto às decisões do CNJ (CRFB/88, art. 102, I, “r”).....	122
4.2.2 O Tribunal de Contas e a sua função jurisdicional (CRFB/88, art. 71, II).....	128
4.2.3 A função jurisdicional das agências reguladoras.....	134
4.2.4 O exercício da função jurisdicional pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	138
4.3 É possível caminhar no sentido oposto ao da abertura da judicialização da discricionariedade administrativa? Uma palavra sobre o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa.....	145

5 O ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRATAMENTO NO SISTEMA BRASILEIRO E UMA PROPOSTA DE RELEITURA.....152

5.1 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O tratamento do tema nas Constituições brasileiras e a compreensão do momento histórico em que fora editado o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.....	154
5.2 Questões relacionadas ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e alguns desdobramentos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.....	161
5.2.1 O posicionamento do STF pela constitucionalidade da arbitragem.....	163
5.2.2 Instância administrativa de curso forçado? Não seria o caso de considerar a Justiça Desportiva como instância administrativa de curso adequado?.....	164
5.2.3 Ainda sobre a necessidade de esgotamento da instância administrativa: as hipóteses previstas nas Leis nºs 9.507/1997 e 11.417/2006.....	167
5.2.4 Sistema de jurisdição <i>una versus</i> sistema do contencioso administrativo. Uma possibilidade de harmonização.....	169
5.3 A necessidade de se encontrar o melhor sentido do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.....	172
5.4 Alguns sentidos do vocábulo poder no bojo da Constituição Federal e o questionamento que se formula: qual o sentido que deve ser dado ao vocábulo poder constante do art. 5º, XXXV?.....	177
5.5 A tese e uma proposta de interpretação evolutiva do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.....	183

CONSIDERAÇÕES FINAIS192

REFERÊNCIAS.....197

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, extraído a partir do texto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O dispositivo destina-se ao legislador, que fica proibido de editar qualquer regra jurídica que impeça que uma decisão proferida em processo administrativo ou um ato praticado em inquérito, sejam excluídos da apreciação do Poder Judiciário. Na verdade, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário as próprias leis ou quaisquer outras regras jurídicas, nem mesmo a defesa dos direitos individuais e coletivos que tenham fundamento em disposições constitucionais ou infraconstitucionais. O art. 5º, XXXV, da CRFB/88 também se dirige ao órgão judicial, que se vê impedido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional. Enfim, toda controvérsia, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, no entanto, não deve ser compreendido como uma norma que permite que toda e qualquer questão seja apreciada ilimitadamente pelo Poder Judiciário. A tutela jurisdicional adequada não é necessariamente prestada pelo Poder Judiciário. Outros entes e órgãos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, têm – ou podem ter – aptidão para prestar uma tutela adequada.

É verdade que o princípio a ser analisado tem, historicamente, uma justificativa ligada ao regime ditatorial que o Brasil havia acabado de superar quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma que deixar expresso o recurso ao Poder Judiciário como bastião da salvaguarda de direitos se mostrava relevante e oportuno. Era realmente natural que, naquele momento histórico, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional fosse contemplado, já que os princípios constantes do texto constitucional refletem justamente a reação de movimentos sociais frente ao abuso cometido no período antecedente à nova ordem que vem a se instaurar.

No entanto, a interpretação ampla que tem sido conferida ao dispositivo constitucional tem obstado uma consideração mais refletida a respeito do tema, e, nessa linha, vem funcionando como permissivo para que toda e qualquer questão seja apreciada pelas vias judiciais, mesmo quando se sabe que o Poder Judiciário, pela própria

formação dos seus juízes, eminentemente jurídica e generalista, não detém *expertise* para lidar com determinadas matérias, que exigem um conhecimento mais técnico e específico no seu trato.

Nesse sentido, diante das mudanças operadas no Estado e na sociedade, e, mais, diante da técnica especial que, em muitos assuntos, torna impróprio o juiz togado para resolvê-los, não se afigura mais pertinente permanecer sustentando o controle ilimitado pelo Poder Judiciário das decisões proferidas no âmbito da Administração Pública, sob o argumento de que nada pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário, conforme previsão do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado; o Tribunal de Contas, que, dentre inúmeras outras atribuições, controla as contas dos administradores e responsáveis por bens públicos; as Agências Reguladoras, criadas justamente para cuidar e fiscalizar a prestação de serviços públicos bem específicos, enfim, esses – e tantos outros – órgãos administrativos, que atuam em áreas técnicas e específicas, têm – ou podem ter – mais aptidão para prestar uma tutela adequada à sociedade.

O próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo vinculado à estrutura do Poder Judiciário, e, mais, composto, em sua maioria, por membros oriundos do referido Poder, tem aptidão para prestar uma tutela jurisdicional adequada ao julgar processos administrativos relacionados ao Poder Judiciário e seus serviços, sobretudo porque traz o anseio de controle na sua essência, tendo sido criado justamente para esse propósito.

Há de se lembrar que todos esses órgãos administrativos, organizados, inclusive, com garantias de independência, exercem função jurisdicional, e, mais, lidam com matérias que exigem certa *expertise*, que fogem do universo ordinário do Poder Judiciário. Ademais, atualmente, se assiste a um quadro que permite lastrear um maior grau de eficiência, racionalidade e legitimidade às decisões proferidas no âmbito da Administração Pública.

Porém, como se disse, as decisões de todos esses órgãos administrativos podem ser – e recorrentemente têm sido – submetidas ao crivo judicial, justamente em razão da interpretação ampla que se confere ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que impede que também uma decisão proferida em processo administrativo seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Cumpra, então, lançar um novo olhar ao texto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a fim de atribuir-lhe uma interpretação mais consentânea com a contemporaneidade. A **hipótese** deste trabalho é a de que outros órgãos administrativos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, exercem a função jurisdicional, e, por isso, reunindo algumas características necessárias, não devem ter suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário, como atualmente permite o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

O trabalho, então, segue estruturado em cinco capítulos. No primeiro capítulo demonstra-se que o advento da chamada pós-modernidade, marcada pela complexidade, contingência e pluralidade, impactou na configuração da sociedade e do Estado, e, conseqüentemente, no Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos, até então estruturados para operarem num ambiente de permanência, solidez e certeza, próprio da modernidade. É a pós-modernidade o **marco histórico** do presente trabalho.

Destaca-se que a mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de justiça surge lastreada na ideia de redimensionar o processo judicial e o próprio papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo. O Poder Judiciário deixa de ser o centro único de resolução de controvérsias. Reconhece-se que, ao lado do processo judicial, existem outros mecanismos integrados de solução de disputas, os quais podem se revelar mais adequados em determinados casos.

No segundo capítulo, volta-se ao estudo do princípio da separação de poderes. Destaca-se que a chamada separação de poderes representa, na verdade, uma divisão de órgãos ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado. A divisão figurativa de poderes se dá quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias.

Procura-se evidenciar que a vertente contemporânea da separação de poderes está voltada para o aumento da eficiência do Estado, devendo o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem *expertise* no seu trato.

O princípio da separação de poderes, na sua versão atualizada, também impõe a contenção do arbítrio, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados, determinando, ainda, que haja cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio entre os órgãos, tudo com vistas à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo trata especificamente da arbitragem. Cuida-se de demonstrar que a tradição, que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, se encontra atualmente superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional também pode ser exercida por entes privados. A natureza jurisdicional da arbitragem, além de corroborar a ideia de que a função jurisdicional não se confina no Poder Judiciário, constitui mais um reforço de que a contemporaneidade se volta para a busca de formas adequadas de resolução de conflitos.

Cuida-se de destacar, ainda neste capítulo, a relação de cooperação que deve existir entre o Poder Judiciário e o árbitro para a prática de determinados atos, que não podem ser praticados por esse último. Examina-se também sobre a forma de controle pelo Poder Judiciário da sentença arbitral. Essa investigação é oportuna porque se entende que uma lógica semelhante pode ser aplicada numa relação cooperativa que venha a ser estabelecida entre o Poder Judiciário e órgãos administrativos, quando estes estiverem a exercer a função jurisdicional.

Ainda nesse terceiro capítulo, com base em vários argumentos utilizados pela doutrina, procura-se demonstrar que, rigorosamente, não há uma diferença ontológica entre jurisdição e administração. Na verdade, em alguns casos, o que se verifica é um genuíno paralelismo entre esses dois universos. Mais uma vez, avança-se na ideia de que outros órgãos, que detêm capacidade técnica para apreciar algumas matérias, não devem ter o mérito de suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário.

O quarto capítulo é dedicado a examinar o fenômeno da processualização das funções estatais. Ressalta-se que, contemporaneamente, a noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica também no âmbito da esfera administrativa. Nesse sentido, considerando que o processo (e não procedimento) administrativo deve seguir o modelo traçado na Constituição Federal, que consagra o direito fundamental ao devido processo legal, com todos os seus corolários, parece ser chegada a hora de se prestigiar o quanto decidido no bojo do processo administrativo, de modo a inibir o controle ilimitado pelo Poder Judiciário, sobretudo quando se está diante de matérias complexas, que envolvem conhecimentos técnicos especializados.

Ainda neste quarto capítulo, sem qualquer pretensão de analisar cada um dos casos verticalizadamente, procura-se, para corroborar a hipótese defendida, fazer uma breve incursão sobre casos em que se verifica uma predominância de aspectos altamente técnicos em alguns processos administrativos, a exemplo do que ocorre com aqueles que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no Tribunal de

Contas, no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e, ainda, aqueles que correm junto às Agências Reguladoras.

Naturalmente, o corte metodológico foi necessário para o desenvolvimento da pesquisa. Não é objetivo deste trabalho tratar, individualmente, de vários órgãos administrativos e nem de aspectos detalhados dos processos administrativos que têm curso nos referidos órgãos. Não se desconhece a relevância desses aspectos. No entanto, o seu estudo extrapola os limites propostos no presente trabalho. O objetivo, repita-se, é demonstrar que, em determinadas situações, justifica-se a restrição da matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, sem que isso venha a ferir o princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, mas, ao contrário, procure mesmo é concretizá-lo.

O quinto capítulo se dedica a analisar, propriamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Depois de examinar o tratamento dispensado ao princípio no bojo das Constituições brasileiras, a fim de se compreender o momento histórico em que fora editado o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, chama-se atenção para a necessidade de se promover uma interpretação mais aderente à contemporaneidade, a que se chama de evolutiva.

Esse quinto capítulo contém uma das principais premissas do presente trabalho. Tendo como base um estudo elaborado por Carlos Ayres Britto, **marco teórico** principal do trabalho, analisa-se o sentido que é dado ao vocábulo **poder** constante da Constituição Federal de 1988. Nessa investigação, observa-se que o termo **poder**, considerando o texto constitucional, aparece, pelo menos, em quatro sentidos diferentes. O vocábulo **poder** ora aparece como sinônimo de **Poder Constituinte** (CRFB/88, art. 1º), ora aparece como correspondente a **órgão** (CRFB/88, art. 2º), ora aparece como sinônimo de **Estado** (CRFB/88, art. 194), se identificando, ainda, num quarto sentido, como sinônimo de **função** ou **faixa de competência** (CRFB/88, art. 44).

É justamente a partir dessa análise que se propõe uma interpretação evolutiva do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a atribuir ao vocábulo **poder** ali constante o sentido de **função**, e não de **órgão** ou **complexo de órgãos** do Poder Judiciário. Com base nessa lógica, o texto normativo passaria a ostentar uma redação mais ampla, a saber: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”.

Ainda no quinto capítulo, chama-se atenção para o fato de que a interpretação proposta no presente trabalho é reforçada com o texto constante do Código de Processo Civil de 2015, que, em seu art. 3º, prevê expressamente que “Não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito”.

Com a interpretação evolutiva proposta nesse estudo, tem-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional adquire uma **feição prestacional**, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para além disso, de uma prestação a ser ativamente prestada pelo Estado, que deve cuidar de eleger os órgãos que, pela *expertise* que dispõem, têm aptidão prestar a tutela jurisdicional mais adequadamente.

O dispositivo continuaria a ser dirigido ao legislador, que, agora, em vez de ficar proibido de editar regra jurídica que vede o acesso ao Poder Judiciário, fica autorizado a editar regras atribuindo competência a entes ou órgãos mais adequados para resolver determinados casos. O legislador fica autorizado, igualmente, a prever regras estabelecendo os critérios de controle pelo Poder Judiciário, assim como fez em relação à arbitragem. O dispositivo ainda seria dirigido ao órgão julgador competente para o exercício da função jurisdicional, que fica proibido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.

No desenvolvimento do presente trabalho, será utilizado, predominantemente, o **método hipotético-dedutivo**, colocando-se a hipótese, já acima destacada, em teste a todo momento. É importante mencionar que, apesar de, em algumas passagens, se utilizar de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a análise da doutrina constitui a principal fonte de pesquisa utilizada, com preferência às fontes nacionais, sem prejuízo, naturalmente, de algumas investidas em bibliografia estrangeira.

CAPÍTULO 1

O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE VÁRIOS MEIOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Um estudo que objetiva tratar da existência de uma função jurisdicional adequada, e, ao mesmo tempo, que se propõe a promover uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto atualmente no sistema constitucional brasileiro no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, não deve escapar da contingência histórica.

Com efeito, considerando que a ideia de jurisdição exige uma compreensão do Estado em que se insere¹; considerando, mais, que há uma relação de intimidade e de circularidade entre o conceito de jurisdição e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional² (um impacta no outro), não se deve descuidar da análise do Estado e da sociedade, sob pena de, à mingua dos pontos de partida, se perder a oportunidade de se apresentar novas possibilidades de paradigmas e de revisões conceituais.

A investigação parte, então, da chamada Idade Moderna, já que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem seu surgimento associado a esse período, mais precisamente ao momento em que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição.

Destaca-se que o advento da chamada pós-modernidade, período que se contrapõe à era moderna, impactou na configuração da sociedade e do Estado, e, conseqüentemente, no Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos. No primeiro item do presente capítulo, portanto, serão destacadas algumas dessas mudanças ocasionadas com a passagem da modernidade à fase contemporânea.

Em seguida, a partir das ideias que brotaram de dois destacados movimentos de busca por alternativas à justiça estatal, ambos desenvolvidos a partir do ano de 1970 – o

¹ O delineamento do conceito de jurisdição “depende necessariamente da natureza do Estado em que se insere”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.

² A releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ora proposta, impacta no conceito de jurisdição. Carlos Alberto Salles defende uma “recolocação” do princípio da inafastabilidade, sobretudo em razão da configuração do Estado brasileiro contemporâneo. Além disso, o referido autor também reconhece que essa releitura do princípio impacta no conceito de jurisdição. Sobre o ponto, conferir: SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-780.

chamado Projeto Florença e a *Pound Conference* – examina-se a dinâmica de mobilização, valorização e expansão de inúmeros outros meios de resolução de conflitos. A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de justiça surge lastreada na ideia de redimensionar o processo judicial e o próprio papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo.

No terceiro e último item do presente capítulo, destaca-se a consagração, pelo ordenamento processual brasileiro, do chamado modelo multiportas, que indica que existem vários meios, em igualdade de importância, para se resolver as controvérsias surgidas. Da alternatividade (formas alternativas de resolução de conflitos), migra-se para a ideia de adequação, com a existência de várias formas adequadas de resolução de disputas.

Todo esse enquadramento permitirá compreender não só a derrocada do Poder Judiciário como centro único de resolução de controvérsias, mas também que, ao lado do processo judicial, existem outros mecanismos integrados de solução de disputas, os quais podem se revelar mais adequados em determinadas circunstâncias.

1.1 Uma breve noção da passagem da modernidade à pós-modernidade. O ponto de partida para se compreender as mudanças operadas no Estado, na atuação do Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, atualmente consagrado no ordenamento constitucional brasileiro no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tem seu surgimento associado à Idade Moderna, mais precisamente ao momento em que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição³. É daí de onde parte a investigação.

Obviamente, não se pretende empreender extensa dissertação sobre as características da Idade Moderna e as mudanças ocorridas com o advento da chamada pós-modernidade. Para dizer o mínimo, considerando o *locus* de investigação deste trabalho, uma análise nesse sentido, além de despicienda, encerraria postura metodologicamente criticável⁴. O objetivo do presente tópico, na verdade, é demonstrar

³ O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional “foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, n. 41, p. 62, mai./jun. 2006.

⁴ Luciano Oliveira relata que um traço muito contraditório em dissertações e teses é a inserção de capítulos cuja parte inicial se apresenta sob a fórmula “Evolução Histórica do(a)...”. Apenas por questões de ordem didática e para melhor compreensão da temática central do trabalho é que se colocam, no corpo do texto,

que, com a passagem da era moderna para a fase contemporânea, várias modificações foram operadas na sociedade, na configuração do Estado, na atuação do Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos.

A Idade Moderna traz, em sua essência, a ideia de progresso⁵. O ideário da modernidade demarca-se pelo Iluminismo, movimento cultural da elite europeia do século XVIII, que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e romper com a mentalidade vigente no *Ancièn Regime*, tudo com vistas à promoção de uma nova era.

O Iluminismo ganhou força e visibilidade com a Revolução Francesa. Os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, *slogans* da Revolução Francesa, resumia, na verdade, os reais desejos da classe burguesa: liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações; e fraternidade dos camponeses e *sans-cullotes*⁶ com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela.

Com efeito, a burguesia, além de almejar tomar o poder político, então concentrado nas mãos do Rei⁷, buscava também acabar com os privilégios, implantar a livre iniciativa e garantir a igualdade de todos perante a lei. Tais pretensões acabaram contaminando a população, que também ansiava por mudanças políticas e sociais⁸.

É também na França o cenário onde, com maior força, se desvelam os fatos que dão substrato à adoção do princípio da separação dos poderes, sistematizado na celebre obra *De l'esprit des lois*, pelo Barão de Montesquieu, um dos mais importantes filósofos

algumas noções relacionadas às mudanças no Estado e em alguns institutos jurídicos com a passagem da modernidade para a pós-modernidade. Acerca da pesquisa na área de Direito conferir: LUCIANO OLIVEIRA. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. Disponível a partir de <<http://www.esmape.com.br>> Acesso em 01 ago. 2014.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 137-142, dez. 2008. Disponível a partir de: < <https://periodicos.ufsc.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

⁶ População pobre de Paris, formada pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados; teve importante participação nos acontecimentos revolucionários de 1789 a 1794. Sobre o tema, conferir: SHENNAN, J.H.. **A França antes da revolução**. Tradução: J. Santos Tavares. Lisboa: Gradiva, 1985.

⁷ Conforme destacado por Dalmo de Abreu Dallari, “os governantes absolutos utilizaram os serviços dos juízes para objetivos que, muitas vezes, nada tinham a ver com a solução de conflitos jurídicos e que colocavam o juiz na situação de agente político arbitrário e implacável”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12. André Ramos Tavares, por sua vez, destaca que especialmente no continente europeu, “o Judiciário, no Absolutismo, atuava como um braço do rei” TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

⁸ “[...] apesar de concebida como uma reação da ‘vontade do povo’ contra uma ‘conspiração aristocrática’, a Revolução Francesa foi, antes de tudo, o movimento de tomada do poder político pela burguesia e para a burguesia”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação de poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, n. 395, p. 84, set. 2010.

iluministas. A separação de poderes surgiu, conforme será melhor analisado no capítulo 2, como um método de contenção dos abusos perpetrados pelo absolutismo⁹.

O filósofo francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia reverter em despotismo, daí por que as atividades deveriam ser conferidas a órgãos distintos, com vistas à garantia da liberdade dos cidadãos: um órgão ficaria responsável por fazer as leis, outro cuidaria de executar as resoluções públicas e um terceiro se encarregaria de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares¹⁰. Ainda que não de modo uniforme, foi sob a égide do Estado Liberal, sucessor do Estado Absoluto, que a jurisdição passou a ser vista como um dos poderes estatais.

Os filósofos iluministas, que tiveram influência notável no estabelecimento da era moderna¹¹, acreditavam que o pensamento racional deveria substituir as crenças religiosas e o misticismo, marcantes na Idade Média, também conhecida como Idade das Trevas. A fé, de acordo com os *philosophes*, impedia o desenvolvimento cultural, científico e tecnológico. Como expressão do espírito de um tempo voltado à superação dos dogmas e das limitações medievais, a era moderna viria justamente implementar a propalada ideia de progresso. Enquanto o passado representava as trevas; no moderno, tem-se as luzes do Iluminismo¹².

É importante registrar que o iluminismo defendia a adoção de um direito de base racionalista, ou seja, de um direito universal e imutável deduzido pela razão. Com efeito, o direito moderno é alicerçado no processo de racionalização, com um rigor formal bastante característico, em que se destacavam a generalidade e a estabilidade da lei¹³. A propósito, há de se lembrar do Código Napoleônico, que é considerado o primeiro a obter êxito irrefutável e a influenciar os sistemas legais de diversos outros países¹⁴.

⁹ JORGE MIRANDA. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, t. III, p. 374.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 168-169, sem grifos no original.

¹¹ O Iluminismo “originou-se na França, espalhando-se por toda a Europa. Os filósofos [iluministas], com os seus ensinamentos salutarres, preparavam o advento de uma nova era; os economistas, preocupados com a desigualdade econômica, então alarmante, analisam-lhe as causas e indicam os corretivos; finalmente, os enciclopedistas, não obstante a violência de seus princípios, também cogitam do assunto. Montesquieu, o insigne pensador, era apologista da Constituição Inglesa e partidário fervoroso da divisão dos três poderes: - Legislativo, executivo e judiciário”. GONÇALVES, Valdir F.. **O espírito democrático da Revolução Francesa**. Tese de concurso à cadeira de História da Civilização (História Geral) da Escola Normal Oficial do Piauí. Teresina: D.E.I.P, 1945, p. 35.

¹² JUSTO, A. Santos. **Nótuas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 48.

¹³ CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 117.

¹⁴ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante da Revolução Francesa, no seu art. 6º, já deixava clara a supremacia conferida à lei: “A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação.

Partindo da premissa de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, o princípio da legalidade limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. A administração e os juízes, a partir desse cenário, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei¹⁵.

Na chamada era moderna, portanto, consolida-se o entendimento de que o que se aplica às ciências naturais, também deve valer à ciência do Direito. Estava formado o modelo ideal de mundo para o homem: objetivo, lógico, matemático, previsível, controlável e seguro. Essa seria a ideia de progresso, já referida, e que teria mobilizado a sociedade a sair das amarras da Idade Média, passando-se à modernidade¹⁶.

A modernidade representou a afirmação do Estado sobre outras ordens sociais. Apoiado no triunfo da razão, da ciência, da certeza e da objetividade, o ideário da modernidade traz consigo “o delineamento, o surgimento e a definição de um Estado centralizado e forte”¹⁷. Assistiu-se a um modelo estatal em que há a institucionalização do poder. O Estado representava a totalidade coerente, a ordem, a estrutura¹⁸.

O Direito seria criação do Estado, notadamente por meio da lei (Poder Legislativo). Uma lei racional, clara e capaz de regular os aspectos da vida. O Poder Judiciário, a seu turno, também é alçado ao nível de manifestação de uma ordem soberana e como detentor do monopólio da jurisdição¹⁹. Os juízes tinham a função pública de julgar. O Estado procurou afirmar-se como centro criador da juridicidade, e, como decorrência disso, como o foro próprio para o julgamento de eventuais controvérsias

Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

¹⁶ “Tributário do Iluminismo, a Modernidade envolve um projeto civilizatório antropocêntrico, que valoriza acima de tudo a pessoa humana, considerada como um agente moral dotado de autonomia e capaz de ações racionais. O ideário moderno é universalista, pois visa a todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas e culturais. Na política, a Modernidade se identifica com os valores de liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 37.

¹⁷ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29.

¹⁸ CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15.

¹⁹ “Na Idade Média, a fragmentação do poder público entre os senhores feudais implicou na multiplicação das *jurisdições* baroniais e eclesiásticas, que se foram extinguindo na medida em que os Reis logravam consolidar seu poderio e unificavam seus povos. Nos Estados nacionais modernos, a Jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado [...]”. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 10, jul./set. 1980, com grifos no original.

surgidas²⁰. O processo judicial estatal, por sua vez, passa a ser o *locus* escoreito para a solução de conflitos²¹.

Como toda forma histórica, a era moderna começou a dar sinais de esgotamento. As promessas modernistas não apresentaram os resultados esperados. A título meramente exemplificativo, assistiu-se a duas Guerras Mundiais e ao crescimento do abismo social entre ricos e pobres. Presenciou-se o distanciamento das leis frente à realidade social. A fórmula de lei genérica e abstrata, própria da modernidade clássica, cuja premissa supunha – erroneamente – a existência de uma sociedade homogênea, composta por homens livres e iguais, foi rapidamente negada pela vida em sociedade, formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações igualmente distintas. Explodem grupos orientados à proteção de setores determinados, que passam a exigir leis diferenciadas.

Surge o Estado preocupado com as questões sociais que impediam a justa inserção dos cidadãos na comunidade. Volta-se para a igualdade substancial, em substituição àquela de cunho meramente formal. Passa-se a conviver com revoluções tecnológicas e com a mutação do sistema produtivo. Vários episódios, enfim, colocaram em xeque os ideais pregados na modernidade, fazendo ruir a tão alcandorada ideia – cega – de progresso²².

Dá-se, então, mais um passo no processo evolutivo. Passa-se a vivenciar a era pós-moderna, que é a denominação que frequentemente se utiliza para rotular a sociedade contemporânea²³. A noção de pós-modernidade não tem propriamente um sentido

²⁰ “A afirmação do papel do Estado, enquanto centro decisório, e a redução do sentido de Direito, ao senso de Direito Estatal, são marcantes no discurso moderno”. LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 29.

²² “Sabendo-se que os medievais acreditavam em Deus, sacralizavam rituais de vida em nome de Deus e cometiam barbaridades em nome de Deus, os modernos descobriram um novo Deus, a quem se devota igualmente a mesma dedicação febril e cega: o progresso. Totemizado, este novo Deus da era das luzes polariza as energias sociais focando olhares entusiasmados no amor abstrato ao futuro prometido, ao mesmo tempo em que dá alento a processos de desintegração e provoca profundas distorções na vida social”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 137-138, dez. 2008. Disponível a partir de: < <https://periodicos.ufsc.br/>>. Acesso em 10 nov. 2016.

²³ A respeito da nomenclatura pós-modernidade, aponta Jacques Chevalier: “Alguns falarão de modernidade ‘tardia’, ‘reflexiva’ ou ainda de ‘segunda modernidade’ (U. BECK, 1986; A. GIDDENS, 1994), insistindo sobre os elementos de continuidade com a sociedade precedente, que não teriam levado a lógica da modernidade às suas últimas consequências. Outros, que, ao contrário, privilegiam os elementos de ruptura, falarão de modernidade ‘líquida’ (Z. BAUMANN, 2000) (a ‘liquidez’ das sociedades atuais, caracterizadas pela precariedade extrema dos vínculos sociais, contrastando com a ‘solidez’ das instituições do mundo industrial), ou ainda de ‘hipermodernidade’ (F. ASCHER, 2000) ou de ‘sobremodernidade’ (a radicalização da modernidade envolvendo importantes mutações). Preferir-se-á aqui falar de ‘pós-modernidade’, na medida em que se assiste ao mesmo tempo à exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e à emergência de potencialidades diferentes: comportando aspectos complexos,

cronológico, mas representa a identificação de que os esforços da modernidade não foram passíveis de serem alcançados²⁴.

A pós-modernidade, portanto, surge em oposição ao projeto de modernidade. O prefixo “pós” não tem o significado histórico de continuidade, mas, ao contrário, está a indicar recusa e oposição ao pensamento moderno²⁵. Nos dizeres de Eduardo Bittar, a pós-modernidade representa o “estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo de seu *modus actuandi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade”²⁶.

Desconstrói-se o modelo de certeza construído na modernidade. O sentido de solidez e a noção de permanência e razão, tão caros no passado, são substituídos pela compreensão de uma realidade complexa, contingente e plural. O aumento das trocas humanas decorrente da globalização, o surgimento da internet, a comunicação instantânea, a facilidade para viajar e a circulação de pessoas, bens e serviços em escala mundial, o hiperconsumismo²⁷, enfim, isso tudo é traço da modernidade tardia. Todo esse novo cenário, como não poderia deixar de ser, impacta num redimensionamento do papel do Estado, conforme muito bem destacado na reflexão de Jacques Chevalier, posta na epígrafe do presente trabalho e aqui novamente reproduzida:

mesmo facetas contraditórias, a pós-modernidade se apresenta tanto como uma ‘hipermodernidade’, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, tais como o individualismo, e como uma ‘antimodernidade’, na medida em que ela se desvincula de certos esquemas da modernidade”. CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19-20.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Ética-pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997, p. 14-16.

²⁵ “Se ‘moderno’ e ‘pós-moderno’ são termos genéricos, é imediatamente visível que o prefixo ‘pós’ (*post*) significa algo que vem depois, uma quebra ou ruptura com o moderno, definida em contraposição a ele. Ora, o termo ‘pós-modernismo’ apóia-se mais vigorosamente numa negação do moderno, num abandono, rompimento ou afastamento percebido das características decisivas do moderno, com uma ênfase marcante no sentido de deslocamento relacional. Isso tornaria o pós-moderno um termo relativamente indefinido, uma vez que estamos apenas no limiar do alegado deslocamento, e não em posição de ver o pós-moderno como uma positividade plenamente desenvolvida, capaz de ser definida em toda a sua amplitude por sua própria natureza”. FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução: Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 2007, p. 19.

²⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Seqüência**, n. 57, p. 137, dez. 2008. Disponível a partir de: < <https://periodicos.ufsc.br>>. Acesso em 10 nov. 2016.

²⁷ “O hiperconsumismo acaba sendo, em dois momentos, um alavancador de processos perante o Poder Judiciário. Numa primeira visão, as pessoas, consumindo mais, estão mais propensas a que ocorram problemas nestas relações, acabando estes por serem resolvidos no Poder Judiciário. Por segundo, essas mesmas pessoas que consomem em damasia (sic) tudo em sua vida, também um dia serão consumidoras do Poder Judiciário, pela própria cultura incorporada em seu ser, levando a julgamento casos sem sentido e recebendo, tudo em nome de uma equivocada interpretação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, muitas vezes denominado equivocadamente de acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição, quando, na verdade, nada mais é do que direito fundamental de o cidadão poder levar sua pretensão de direito material às portas do Poder Judiciário, embora grandes nomes defendam que existem duas concepções para o chamado ‘acesso à justiça’: o primeiro, de somente poder acessar o Poder Judiciário, e, o segundo, de que este acesso seja justo”. JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 42.

“[...] a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões têm implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade”²⁸.

Como se vê, todo esse cenário impõe uma série de alterações na configuração do Estado. Para atender às demandas sociais que surgem na modernidade tardia, o Estado precisa estabelecer novos rumos. A flexibilidade própria da pós-modernidade abre espaço para o surgimento de novos espaços normativos e decisórios.

A propósito, cabe lembrar do chamado neoconstitucionalismo, fenômeno típico da pós-modernidade. Chegado ao Brasil somente com o advento da Constituição de 1988²⁹, o neoconstitucionalismo³⁰ envolve vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, os quais, pelo menos para o que ora interessa ao escopo do presente trabalho, podem assim ser sintetizados: a) reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente; b) desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa; c) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico; 4) expansão e

²⁸ CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 115.

²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, n. 240, p. 3, abr./jun. 2005.

³⁰ Parte da doutrina, com acerto, defende a ideia de “neoconstitucionalismos”. É como afirma Daniel Sarmento: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 75-76.

consagração dos direitos fundamentais, que impõem ao direito positivo um conteúdo ético; 5) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Todos esses elementos acabaram modificando a relação dos julgadores com o direito. Não por acaso, que a doutrina aponta para a “vocação do nosso tempo para a jurisdição”³¹. Muito longe de se limitarem à mera declaração³², os juízes e tribunais passaram também a tomar parte no processo de transformação do direito, funcionando como verdadeiros protagonistas na tripartição de poderes e na vida política do país. Todas essas circunstâncias, indubitavelmente, puseram em crise o conceito de jurisdição, que não mais se identifica com aquele que se desenhava outrora. Considerando a relação de intimidade e de circularidade existente entre o conceito de jurisdição e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não é difícil intuir que uma mudança operada naquele também deve impactar neste.

No tocante à resolução de conflitos, conforme será pontuado melhor no item a seguir, passa o Estado a se valer de outros métodos e técnicas que antes não utilizava, justamente em razão da demanda da sociedade, que exigia novos serviços de resolução de conflitos.

A crise do Estado contemporâneo, marcada pela inviabilidade de atendimento das complexas e múltiplas demandas sociais, também acabou gerando uma série de transformações no âmbito da Administração Pública, que, a partir de então, também precisava garantir a eficiência na prestação dos serviços públicos. Várias reformas administrativas buscaram aumentar a capacidade do Estado, de forma a dispô-lo de meios necessários para intervir efetivamente na sociedade e no mercado. Justamente para atender as inúmeras e complexas demandas, assiste-se, na realidade contemporânea, a uma “progressiva complexização material e institucional da administração pública”³³.

³¹ PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *In*: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1-32.

³² “Imaginar hoje que o juiz seja apenas ‘boca da lei’, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que se escreveu e de todas as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância. Este modo de pensar o direito Processual Civil talvez seja um dos ardis mais astuciosos a impedir a sua evolução. Enquanto formos mantidos na ilusão desse falso progresso, estaremos apaziguados e satisfeitos com os pródigos de nossa modernidade, no campo legislativo e doutrinário”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

³³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 33.

Em razão do paradigma pós-moderno, erigido sob as tendências de dinamicidade, complexidade, necessidade de eficiência e agilidade das relações sociais, não há outro caminho senão encontrar novas fórmulas, mais adaptáveis às exigências contemporâneas.

1.2 Acesso à justiça, *alternative dispute resolution* e *multi-door courthouses*

Desde a segunda metade do século XX passou-se a se questionar o modelo de justiça instaurado, focado na figura do juiz e informado por um processo formal e rígido para a resolução dos conflitos. Constatou-se que o processo judicial clássico, como ferramenta do Poder Judiciário para prestar a jurisdição, não representava a melhor, única e mais adequada forma de solução para todo e qualquer conflito³⁴.

A partir daí, assistiu-se a uma série de reformas no sistema de justiça civil de diversos países para difundir e incorporar ao processo judicial as chamadas ADRs (*Alternative Dispute Resolution* – técnicas alternativas de resolução de conflitos). Como parte desse movimento, também se observou uma série de iniciativas voltadas à modernização das legislações nacionais sobre a arbitragem.

Os Estados Unidos, por exemplo, entre os anos de 1980 e 1998, elaborou cinco diferentes legislações, cujo objetivo era justamente incentivar a utilização dos meios alternativos³⁵. Na Inglaterra, igualmente, assistiu-se a uma tendência marcante de se promover as ADRs, principalmente com a utilização da mediação³⁶. A Inglaterra também cuidou de editar sua nova lei de arbitragem no ano de 1996. Em 2003 foi a vez da Espanha editar a sua lei de arbitragem. A União Europeia, em 2008, editou a Diretiva da Mediação³⁷, e, mais recentemente, no ano de 2013, avançou mais com a Diretiva sobre a Resolução Alternativa de Litígios de Consumo³⁸. A Itália, diante da incapacidade do

³⁴ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29; CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 487.

³⁵ É o que informa PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 92.

³⁶ ANDREWS, Neil. *Arbitration and mediation in England*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, p. 109, set. 2009.

³⁷ Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21.05.2008 relativa a certos aspectos da Mediação em matéria civil e comercial, Jornal Oficial da União Europeia n. L 136 de 25.5.2880, p. 3.

³⁸ Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 21.05.2013 sobre a Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, Jornal Oficial da União Europeia n. L 165 de 18.06.2013. A respeito dessa diretiva, conferir: STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu:

sistema institucional para, a contento, fazer frente à demanda social de justiça, inseriu, em seu CPC e em leis extravagantes, a previsão e o estímulo de meios alternativos de resolução de conflitos³⁹.

A realidade não foi diferente na Alemanha. Em 1998, conheceu-se a nova lei de arbitragem alemã. As reformas do ZPO ocorridas a partir do ano 2000 também foram voltadas para o incremento das soluções conciliatórias do litígio, tanto judiciais como extrajudiciais, tornando obrigatória a respectiva tentativa em vários casos⁴⁰. Portugal, seguindo o fluxo, editou sua lei de arbitragem em 2011, mesmo ano em que a França implementou importantes mudanças no seu Código de Processo Civil no capítulo concernente à arbitragem. Ainda na França, conforme relata Roger Perrot⁴¹, a fluidez do processo civil também foi favorecida pela solução alternativa dos litígios, estimulada por meio da conciliação e da mediação.

O Brasil, igualmente, não ficou alienado desse fenômeno pós-Constituição de 1988⁴², também se orientando no sentido de incorporar e potencializar o uso de meios alternativos de solução de controvérsias, tendo, por exemplo, adotado uma nova lei de arbitragem no ano de 1996⁴³.

Enrique Vescovi⁴⁴, ao tratar das tendências do Direito Processual Civil, em especial na América Latina, destacou que o uso das chamadas *ADRs* teria sido impulsionado por três motivos principais, a saber: a sobrecarga dos tribunais, o acesso à justiça e a qualidade da resposta dada com o uso dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

desenvolvimentos e reformas. Tradução: Antonio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 244, p. 374-377, jun. 2015.

³⁹ GRADI, Marco. *La mediazione e La conciliazione delle controversie civili*. In: PUNZI, C.. **Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014**. Torino: Giappichelli, 2015.

⁴⁰ STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimentos e reformas. Tradução: Antonio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 244, p. 366-368, jun. 2015.

⁴¹ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, jul./set. 1998, p. 209-210.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE NUNES; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 216; BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 101, p. 165-166, jan./mar. 2001.

⁴³ Ao tratar da utilização das *ADRs*, destaca José Carlos Barbosa Moreira: “O fenômeno está longe de restringir-se ao Brasil; até se pode dizer, ao contrário, que o nosso país parece um tanto atrasado no acolhimento da proposta, em comparação com outros onde ela tem obtido recepção calorosa”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 145, jul./set. 1995.

⁴⁴ VESCOVI, Enrique. Nuevas tendencias del derecho procesal civil, com especial referencia al processo latino-americano. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 24, jul./set. 1995.

Conforme destacado pelo jurista uruguaio, potencializando-se o uso dos métodos alternativos, à esfera judicial ficariam reservadas apenas as causas de maior interesse para o próprio Estado, circunstância que facilitaria na aceleração e na diminuição dos processos em trâmite nos tribunais. Considerando também que grande parcela da população tinha dificuldade de obter o acesso à justiça tradicional, afirmava Enrique Vescovi que o uso dos métodos alternativos teria o condão de permitir que o consumidor do serviço resolvesse diretamente o problema, obtendo o tão alancorado acesso à justiça. Por fim, depois de destacar a qualidade da justiça obtida através do uso dos meios alternativos, já prenunciava o jurista: os métodos alternativos, rigorosamente, não são alternativos, mas, sim, essenciais. O método residual, ou seja, o realmente alternativo, é a justiça tradicional⁴⁵.

Dois movimentos iniciados a partir da década de 1970, pela difusão e alcance de suas ideias, tiveram especial influência para toda essa dinâmica de mobilização, valorização e expansão de outros meios de resolução de conflitos⁴⁶.

Pode-se destacar, primeiramente, o projeto de pesquisa promovido pela Fundação Ford, produzido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth – o primeiro, professor da Universidade de Florença e, à época, Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Comparados, e o segundo, Diretor da *American Bar Association* e Professor da *Indiana University School of law*.

Em meados da década de 70, os referidos juristas estudaram a temática do acesso à justiça no mundo, formatando, com colaboradores de cerca de 25 (vinte e cinco) países, o chamado “Projeto Florença”, que resultou no atual “Movimento de Acesso à Justiça”⁴⁷ e que revolucionou o Direito de vários países, inclusive o brasileiro⁴⁸. O escopo do projeto

⁴⁵ Eis o trecho no original: “*no son alternativos, sino esenciales y lo residual (realmente alternativo) es la justicia judicial*”. VESCOVI, Enrique. Nuevas tendencias del derecho procesal civil, com especial referencia al processo latino-americano. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 24, jul./set. 1995.

⁴⁶ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 29; CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 487.

⁴⁷ Em relação ao tema, conferir: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁴⁸ “O Brasil não estava dentre os países latino americanos analisados no Projeto Florença (Chile, Colômbia, México e Uruguai), mas o livro ‘Acesso à justiça’ escrito por Cappelletti e Bryant Garth, representou um marco significativo para o estudo do tema no país. A publicação da tradução brasileira, coincidentemente, ocorreu no ano da promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou um importante momento de transição para a democracia após longo período de regime militar, prevendo o acesso à justiça como garantia e direito de todos os cidadãos brasileiros”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 77.

era justamente “delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas”⁴⁹.

Através do referido estudo, este grupo seletivo de juristas, sob a batuta de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, verificaram que o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do acesso efetivo à justiça, nos países do Ocidente, estaria sedimentado em três grandes ondas renovatórias, cada qual, ao seu modo, tentando solucionar a problemática de acesso à ordem jurídica justa.

Enquanto a primeira e a segunda ondas renovatórias concentraram-se, respectivamente, em proporcionar assistência e orientação jurídica ao cidadão e em sanear a problemática da representação dos interesses difusos, a terceira onda reproduziu as experiências já iniciadas através dos dois movimentos anteriores e, para além disso, buscou atacar as barreiras de modo mais articulado e compreensivo⁵⁰.

Com efeito, a terceira onda renovatória do movimento pelo acesso à justiça cuidaria da superação de um obstáculo processual, assim denominado pela inadequação da solução mais comumente utilizada (o tradicional processo litigioso) para o tratamento de determinadas espécies de conflitos⁵¹. Verificou-se ser necessário “buscar alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais”⁵², o que resultou na proposição de oferecimento pelos tribunais de modelos alternativos à via adversarial tradicional, preferencialmente por métodos consensuais, a exemplo da mediação e da conciliação. Destacou-se, enfim, a necessidade de se atentar para outros métodos e técnicas para o tratamento dos conflitos, propiciando uma justiça coexistencial e menos focada na litigiosidade⁵³.

A propósito, nos dizeres de Mauro Cappelletti, a implementação e apoio aos mecanismos alternativos de resolução de disputas se enquadrariam no contexto de

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

⁵⁰ Essas três ondas renovatórias emergiram mais ou menos em sequência cronológica, tendo início no ano de 1965.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 81-87.

⁵² Idem, ibidem, p. 81-87.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 132, jan./mar. 1992.

superação do Estado de Direito para a construção do Estado Social e Democrático de Direito⁵⁴.

Ainda na década de 70, e paralelamente ao já mencionado Projeto Florença, se demarca um outro importantíssimo movimento pela democratização do Judiciário e identificação e desenvolvimento científico de novas formas de solução de conflitos, para além da prestação jurisdicional clássica.

Com efeito, no ano de 1976, por ocasião de uma conferência realizada nos Estados Unidos, denominada de *The Pound Conference*, mesmo sem utilizar a nomenclatura que posteriormente viria a consagrar-se para identificar o fenômeno (*Multi-door Courthouse* – Tribunal Multiportas)⁵⁵, Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, lançou a base para um centro de justiça global, que forneceria acesso a uma variedade de instalações de *ADRs* (*Alternative Dispute Resolution* – técnicas alternativas de resolução de conflitos), com a finalidade de buscar a opção técnica mais adequada e com aptidão para reduzir a quantidade de demandas do sistema jurisdicional⁵⁶. Aliás, ao lançar a ideia do sistema multiportas, Frank Sander passou a ser apontado como o impulsionador do movimento em prol dos meios alternativos de resolução de disputas⁵⁷.

A proposta de Frank Sander indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não devia encontrar somente a jurisdição, mas outras “portas”, com outros mecanismos disponíveis, a exemplo da mediação, da conciliação e da arbitragem. O Poder Judiciário, fechado em um sistema composto de juízes, partes, promotores e advogados, não deveria ser a única maneira de se resolver conflitos.

Malgrado algumas críticas dirigidas ao modelo idealizado, o certo é que a partir daquelas ideias foram tomadas várias iniciativas reformatórias no Poder Judiciário americano, tendo vários Estados passado a prestar serviços de ADR ligados às atividades forenses.

Todo esse movimento de difusão dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos continuou a ser difundido não só nos Estados Unidos, mas também na Europa e

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide Access-to-justice movement**. In: *The moderne law reviews*. v. 56, n. 3, Londres: Modern Law Review, mai./1993, p. 295.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE NUNES; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 217.

⁵⁷ Quem informa é LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30.

ao redor do mundo. Destacou-se, assim, a insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Nesse sentido, a jurisdição deveria ser utilizada somente quando se mostrasse mais apropriada, evitando-se a sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos em que suas habilidades específicas não seriam necessárias.

O modelo idealizado por Frank Sander, portanto, que consagra um sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de vários métodos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas, seria disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”. Dentro desse contexto, cabe identificar qual a “porta” mais adequada⁵⁸.

Conforme relata Luis Fernando Guerrero⁵⁹, o sistema multiportas é uma tendência de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de controvérsias.

O sistema de múltiplas portas demonstra que a efetiva solução de resolução de conflitos entre os indivíduos é possível e que, para a concretização desse feito, é necessário que haja a multiplicidade de possibilidades de mecanismos que atendam a demanda de conflitos os mais variados existentes na sociedade. Não é adequado, pois, que um único método possa satisfazer a todos os indivíduos envolvidos em uma divergência.

A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de justiça, como não poderia deixar de ser, resvalou na necessidade de se redimensionar o processo e o próprio papel do Poder Judiciário. Trata-se de uma mudança paradigmática⁶⁰, por meio da qual se redimensiona não só o papel do Poder Judiciário, mas também o do processo judicial, que, então, deixa de ser visto como o único *locus* legítimo para resolver os conflitos eventualmente surgidos.

⁵⁸ Tal sistema é amplamente utilizado nos Estados Unidos, especialmente em Estados como Flórida, Washington e Nova York, conforme noticiam SALES, Lília Maia de MORAIS; ALMEIDA DE SOUSA, Mariana. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 16, p. 204-220, jul./set.2011.

⁵⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

⁶⁰ Sobre o que se entende por paradigma, a seguinte lição é soberana: “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Conforme relata João Luiz Lessa Neto⁶¹, o que é realmente novo em todo esse fenômeno é justamente o impulso para a implementação dessas técnicas como parte de uma política voltada para o tratamento do conflito em si mesmo considerado. A colocação dos meios adequados de resolução de disputas como integrante de um sistema amplo, demonstra o compromisso e a preocupação em efetivamente se resolver os conflitos.

Nesse sentido, fica patente que o objetivo maior desses meios consensuais de resolução de conflitos não é apenas servir como armas a serem utilizadas para efetivar a razoável duração do processo ou mesmo desafogar o Poder Judiciário. Embora possam indiretamente ter esse efeito, é preciso que se tenha em mente que, em muitos casos, esses meios são realmente os mais adequados.

Na verdade, o ponto central está em se redirecionar a ideia de que seriam eles meios meramente alternativos. Há uma mudança de *status*. De meios alternativos, passam a ser considerados meios adequados de resolução de conflitos, e, portanto, como integrantes de um conjunto maior de meios possíveis, em igualdade de importância.

É interessante notar uma modificação semântica e discursiva na designação dos meios de resolução de disputas, outros que não o processo judicial. Falava-se tradicionalmente em ADR, sigla em inglês, com o significado de Meios Alternativos de Resolução de Disputas. Entretanto, discursivamente, passou-se a falar em ADR significando *Meios Adequados de Resolução de Disputas*. O sentido de que existe o meio de se resolver disputas e suas alternativas é substituído pela noção de que há *vários* meios, cada um mais apropriado para determinada situação⁶².

O modelo multiportas, portanto, consagra a ideia de que existem técnicas e meios variados. Cria-se, na verdade, uma rede de “colaboração e de complementariedade entre os meios de resolução de disputas”⁶³.

Para os fins do presente trabalho, o propósito da investigação até então articulada é justamente demonstrar a importância de um sistema de justiça que cuide dos conflitos de forma que estes possam ser resolvidos da forma mais adequada possível. Essa necessidade – de utilização de técnicas e meios variados de solução de controvérsias – se revela mais premente quando se está diante de casos que exigem *expertise* para o trato de determinadas matérias.

⁶¹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 31.

⁶² Idem, ibidem, p. 27, com grifos no original.

⁶³ Idem, ibidem, p. 43.

Com efeito, há demandas que veiculam matérias muito técnicas, que exigem conhecimentos específicos, não somente do ponto de vista da legislação aplicável, mas também do conhecimento não jurídico que está subjacente ao caso, bastando pensar, por exemplo, em temas como direito da concorrência, direito marítimo, aviação civil, petróleo, energia elétrica, telecomunicações, dentre tantos outros.

Esses tipos de demandas, justamente pela especificidade da matéria envolvida, podem ser mais eficientemente apreciadas e julgadas fora da estrutura do Poder Judiciário. A técnica especial em muitos assuntos, torna impróprio o juiz para resolvê-las, sobretudo se for considerada a formação do magistrado brasileiro, eminentemente jurídica e generalista.

Partindo-se de uma visão sistemática do ordenamento jurídico pátrio, constitucional e infraconstitucional, é possível se apontar caminhos para um novo olhar a respeito do julgamento de determinados litígios. Começa-se demonstrando que o Brasil adotou o chamado sistema multiportas. É esse o objeto do tópico a seguir.

1.3 Da alternatividade à adequação: a adoção do modelo multiportas pelo Código de Processo Civil brasileiro

Conforme analisado nos itens acima, revela-se ultrapassado pensar na jurisdição estatal clássica como o centro único e natural de solução de conflitos. A justiça tradicional, adjudicada pelos órgãos do Poder Judiciário, definitivamente, não é o único meio adequado para a solução de todos os conflitos. Conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas”⁶⁴.

A justiça multiportas “é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos”⁶⁵. Ao invés de se ter apenas uma única porta – que corresponderia à jurisdição tradicional, prestada pelo Poder Judiciário através do processo judicial – passa-se para um modelo que garante diversas possibilidades, em igualdade de importância, todas voltadas para uma só finalidade. Dentro desse contexto, “Abandonam-se as linhas

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36, sem negrito no original.

⁶⁵ ZANETI JR., Hermes; XAVIER CABRAL, Trícia Navarro. Apresentação. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 5.

clássicas para aceitar a construção de um edifício pós-moderno, contemporâneo e atual, com design arrojado e funcional, sintonizado com o nosso tempo”⁶⁶.

A chamada justiça multiportas aparece no ordenamento jurídico brasileiro através do Código de Processo Civil e por meio de seus institutos mais conhecidos, a saber, a conciliação, a mediação e a arbitragem⁶⁷. O art. 3º do CPC prevê o seguinte:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ao inserir o art. 3º no corpo do CPC, incluindo-o no capítulo “Das normas fundamentais do Processo Civil” (Livro I – Capítulo I), o legislador brasileiro deixa mais consistente o atual direito de acesso previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. O art. 3º do diploma processual, nesse sentido, funcionaria “como uma cláusula de destaque desse compromisso do Novo Código”⁶⁸.

Além de garantir o acesso à jurisdição numa concepção clássica, adjudicada pelos órgãos vinculados ao Poder Judiciário⁶⁹, o legislador ordinário também cuidou de deixar assegurada a arbitragem, favorecendo, assim, uma compreensão menos estatalista da função jurisdicional, conforme será objeto de melhor análise adiante (item 3.1).

⁶⁶ ZANETI JR., Hermes; XAVIER CABRAL, Trícia Navarro. Apresentação. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 5.

⁶⁷ Idem, ibidem, p. 7. Sobre o modelo multiportas no CPC/2015: “Ao analisar o disposto no art. 3º do Novo CPC, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução tradicional agregada à absorção dos meios alternativos. Busca-se, assim, a adoção de um solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5º da CR/1988” THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE NUNES; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

⁶⁹ “Adjudicação, aqui, refere-se ao sentido habitual na literatura de língua inglesa para *adjudication*, encontrando correspondência em língua portuguesa, para referir-se à atividade pela qual um terceiro, estranho às partes, analisa o caso, indicando uma solução com força imperativa. Nesse sentido, o julgador *adjudica* uma solução, entre outras em tese possíveis, pondo fim ao conflito existente entre as partes. O julgador aplica uma norma ao caso concreto, eliminando a controvérsia reinante entre as partes. A solução adjudicada diz respeito a uma aplicação normativa sobre a qual divergem as partes, podendo ter por referência o ordenamento estatal, o direito estrangeiro ou as normas contratualmente estabelecidas”. SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.

O Código de Processo Civil brasileiro também estabeleceu um dever de estímulo à autocomposição, ao prever, no seu art. 3º, §3º, expressa, categórica e assertivamente que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A despeito da ponderação de alguns doutrinadores, de que a autocomposição seria o meio mais autêntico e genuíno de resolução de controvérsias⁷⁰, ainda é muito forte o entendimento de que, para resolver os conflitos, o método mais nobre é a solução adjudicada, através da sentença, proferida em processo judicial⁷¹, em trâmite perante o Poder Judiciário⁷². Os chamados métodos consensuais seriam mecanismos menos nobres, próprios de povos com cultura primitiva⁷³.

O próprio ensino jurídico do país, até hoje, parece ter uma preocupação fundamental com o embate judicial perante o Poder Judiciário⁷⁴. Com esse *modus operandi*, além de acabar fortalecendo a errônea compreensão de que a função jurisdicional é exercida somente pelo Poder Judiciário, mediante solução adjudicada, as instituições de ensino superior acabam não destinando muito da sua atenção e energia para outras formas adequadas de solução de controvérsias⁷⁵.

⁷⁰ PETRÔNIO CALMON. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6.

⁷¹ WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 560.

⁷² Araken de Assis chega a afirmar que “O único meio socialmente eficaz e permanente consiste na heterocomposição: o Estado assume a prestação de serviço público, ou jurisdição, institui órgão específico para prestá-lo, cercado de prerrogativas que lhe outorgam isenção, e, em geral, vincula os litigantes aos resultados do instrumento concebido para desenvolver semelhante atividade, que é o processo”. ASSIS, Araken. Direito fundamental do acesso à justiça. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. **O novo Código de Processo Civil**. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 47.

⁷³ WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 560; GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 52, p. 71-76, mar./abr., 2008.

⁷⁴ “[...] a *mentalidade* forjada nas academias, é fortalecida na práxis forense [...] de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença”. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zaniode de (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁷⁵ “Mesmo nas Faculdades de Direito é ainda acanhada a percepção da importância dos meios alternativos de solução de conflitos, tanto que algumas delas têm disciplinas específicas para iniciar seus alunos nesses mecanismos de solução de conflitos. Apenas a arbitragem vem merecendo atenção maior, em razão da aprovação, em 1996, da Lei 9.307, que a disciplinou por completo, e pela sua utilização cada vez mais intensa na solução de conflitos de natureza comercial e naqueles em que sua adequada solução depende dos conhecimentos especializados do julgador”. WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de

Realmente, é muito forte a tradição moderna de adjudicação e julgamento, que, na verdade, encontra suas raízes no próprio esforço de centralização do poder político e afirmação do Estado (item 1.1). A modernidade construiu um modelo formalista de julgamento como aplicação da lei, bem na tradição exegética francesa, marcada por um exacerbado positivismo legalista⁷⁶. Através do processo se aplicaria a lei. E mais: essa lei seria exata, certa e racional. Aplicada a lei, portanto, estaria solucionado o problema. A forma clássica de julgamento, porém, embora imperativa, não é capaz de garantir a pacificação⁷⁷.

Conforme ressalta Kazuo Watanabe, “Temos hoje, ainda, o que denominamos de ‘cultura da sentença’, que é decorrente da valorização excessiva da solução dos conflitos por meio de sentença do juiz”⁷⁸. Nos últimos anos, porém, conforme analisado, foram sensivelmente ampliados os mecanismos para obtenção de solução consensual de controvérsias, notadamente aqueles confiados à autoridade judicial e aos seus auxiliares.

Parte da doutrina defende que, em razão das características que são tradicionalmente apontadas como essenciais da função jurisdicional, não seria apropriado enquadrar no conceito de jurisdição esses meios de resolução de conflitos, que visam à composição amigável⁷⁹. Outros defendem, por outro lado, uma equivalência entre os meios alternativos e a jurisdição estatal⁸⁰. Fredie Didier Jr., por exemplo, é um desses

tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.

⁷⁶ De acordo com o exegetismo francês, “o fim último do jurista é o de *desvendar* o significado da lei, segundo um método *declaratório*, já que era traço característico dessa escola a convicção de que no sistema legal já estava *implícito* algo que competia ao intérprete tornar patente ou *explícito*, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes. Explicar as palavras do legislador, revelar toda a sua ressonância, mas subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum, era a função do jurista, conforme essa tendência doutrinária”. NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50-51.

⁷⁷ “Quando cada indivíduo deixa de pensar somente no seu interesse, olhando o lado do outro, cedendo um pouco, geralmente chega-se a um acordo e saem do tribunal dois amigos. Quando cada um só pensa em si, com intransigência, a decisão fica para o juiz, que não pode dar empate: um perde e o outro ganha. Nesse caso, inevitavelmente, surgirão dois inimigos”. CALANZANI, José João. **O itinerário da toga**. Belo Horizonte: Inédita, 2001, p. 53. No mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia. Conciliação e mediação. In: RODRIGUES WAMBIER, Luiz; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 560.

⁷⁹ Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 434.

⁸⁰ “A crescente valorização e emprego dos meios não judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos *meios alternativos*, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada

juristas que se refere aos mecanismos autocompositivos como “equivalentes jurisdicionais”⁸¹, já que funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas. Há quem adira, ainda, há uma concepção mais larga de jurisdição, capaz de abrigar os métodos consensuais de solução de conflitos, que cumprem o escopo social da jurisdição, que é a pacificação dos litígios⁸².

Independentemente de como enquadrá-los, é certo que todos esses mecanismos autocompositivos têm sido valorizados. Do ordenamento jurídico pátrio, aliás, é possível extrair o chamado “princípio do estímulo da solução por autocomposição”⁸³, a orientar toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

A propósito, no ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, com base nas seguintes premissas: a) o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; b) cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala da sociedade; c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

O art. 1º da mencionada Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

A solução negocial, para além de ser um meio eficaz e econômico de resolução do litígio, encerra um instrumento importante de desenvolvimento da cidadania, em que

jurisdição”. E tão valorizados estão esses meios na doutrina moderna, que já se chega a negar que sejam *alternativos*, mas *paralelos* à atuação dos juízes. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 214, com grifos no original.

⁸¹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 164. O jurista baiano também enquadra a autotutela como equivalente jurisdicional.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 3; ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196.

⁸³ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 166.

os interessados passam a ser os atores principais da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. O cidadão acaba participando da resolução dos seus conflitos⁸⁴. É por isso que se afirma que “o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios”⁸⁵, razão por que teria um “forte caráter democrático”⁸⁶.

Como se disse, o Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário. A já mencionada Resolução nº 125/2010 do CNJ, confirma isso. No âmbito do Poder Executivo a solução negociada é, igualmente, estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência. O Poder Legislativo tem também incentivado a autocomposição, com a edição de várias leis nesse sentido. O próprio Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em 2016, por exemplo, é uma dessas leis que ratifica esse movimento. São várias as suas disposições que evidenciam que a autocomposição deve ser prestigiada⁸⁷.

⁸⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 27.

⁸⁵ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 273.

⁸⁶ Idem, ibidem, p. 273.

⁸⁷ No capítulo III, que trata dos auxiliares da justiça, o legislador destinou toda a Seção V do CPC (arts. 165/175) para a regulamentação da mediação e da conciliação judiciais. Ainda para deixar claro o seu objetivo de buscar a pacificação social, mesmo quando já instaurado o processo no âmbito do Poder Judiciário, cuidou o legislador ordinário de estruturar o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695). Ao permitir a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII), o legislador valoriza a autocomposição extrajudicial e, mediante procedimento de jurisdição voluntária⁸⁷, garante a formação de um título executivo judicial. O legislador trata de atribuir eficácia executiva ao ato judicial que homologa o negócio celebrado pelas partes do processo como meio de autocomposição do conflito de interesses existente entre eles (art. 515, §2º). O dispositivo legal autoriza que a transação se estenda a outro sujeito e verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo, ultrapassando os limites originários da demanda. O inciso IV do art. 784 do CPC/2015 mantém como título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. A novidade está em prever, como título executivo extrajudicial, o instrumento de transação referendado pela Advocacia Pública ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. Como se disse, esse inciso mantém a regra tradicional de que é título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. Realizada uma transação extrajudicial (não há processo) e sendo ela referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, tem-se um título executivo extrajudicial. O referendo, a subscrição de uma dessas instituições transforma aquele documento em um título executivo extrajudicial. Com o CPC/2015 é possível que se tenha título executivo extrajudicial se esse referendo for feito pela advocacia pública. Valoriza-se a advocacia pública, aumentando sua importância. O advogado público, quando referenda uma transação, gera um título executivo extrajudicial. Da mesma forma, essa possibilidade é estendida ao conciliador ou mediador credenciado por tribunal. As partes, em vez de procurar o Poder Judiciário, procuram uma Câmara de Conciliação ou Mediação, devidamente cadastrada/credenciada junto ao tribunal. As partes compõem-se e o conciliador ou mediador referendam aquele negócio, está-se diante de um título executivo extrajudicial. O referendo do conciliador ou do mediador é suficiente para conferir eficácia de título executivo extrajudicial àquele documento. É uma novidade que vem para reforçar o princípio previsto no art. 3º do CPC/2015, consistente no estímulo à

É preciso que se diga, no entanto, que os meios autocompositivos, embora possam, de algum modo e reflexamente, influir para a crise da justiça, não devem ser encarados como medidas destinadas a desafogar o Poder Judiciário, mas, sim, como melhores e mais adequados meios de resolução de disputas⁸⁸. Através dos métodos consensuais, é verdade, pode-se atacar as patologias relacionadas ao quantitativo de processos em trâmite no Poder Judiciário. Porém, para muito além disso, a utilização desses meios, em determinadas situações, pode se revelar mais adequada.

Noutro dizer: embora indiretamente possam causar esse efeito, é certo reconhecer que o objetivo maior desses meios consensuais de resolução de conflitos não é servir como armas a serem utilizadas para efetivar a razoável duração do processo ou mesmo desafogar o Poder Judiciário⁸⁹. Constituem, na verdade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos⁹⁰.

A propósito, cabe lembrar da disposição constante do § 2º do art. 3º do CPC, segundo a qual “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Leonardo Carneiro da Cunha, ao comentar o referido dispositivo legal,

promoção de autocomposição, imputando o dever de estimular a autocomposição, a valorização da figura do mediador e do conciliador. Essa regra concretiza a valorização conferida à advocacia pública, e, mais, a importância dada à figura do mediador, do conciliador, valorizando a autocomposição entre as partes, dando poderes às partes para, elas mesmas, resolverem os seus conflitos. O legislador inova, em relação ao CPC/1973, ampliando a possibilidade de acordos processuais (sobre o processo), não sobre o objeto do litígio atípicos (art. 190). O legislador autoriza que as sentenças homologatórias de acordo não precisam obedecer a ordem preferencial de julgamento (art. 12), autorizando que o juiz já profira julgamento, também em nítida valorização da autocomposição.

⁸⁸ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; LESSA, João. A mediação e a conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 263.

⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 92-93.

⁹⁰ Leonardo Carneiro da Cunha e João Lessa exemplificam: “A mediação é medida mais adequada aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, a exemplo do que ocorre em matéria societária e de direito de família. O mediador não sugere qualquer solução para o conflito. Sua função é a de auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Para tanto, o mediador vale-se de técnicas próprias, com diálogo, paciência, simplicidade e constante esclarecimento. Por sua vez, o conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tenha havido vínculo anterior entre as partes, como, por exemplo, em acidentes de veículo ou em casos de danos extrapatrimoniais em geral. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; LESSA, João. A mediação e a conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 263-264.

sustenta que a partir daquele texto normativo é possível extrair o princípio do estímulo da solução por autocomposição⁹¹.

O referido processualista, no entanto, não deixa de chamar atenção para a necessidade de se observar a ideia de adequação. Nesse sentido, é peremptório ao afirmar que “Nem sempre será possível ou adequada a solução consensual. Daí o texto normativo valer-se da expressão ‘sempre que possível’. Sendo possível, adequada ou recomendável, cumpre construir regras que contribuam para a obtenção da autocomposição”⁹².

Paula Costa e Silva explica que “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação”⁹³. E acrescenta a jurista portuguesa que “A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução de desses conflitos”⁹⁴.

A arbitragem, por outro lado, em relação a esses outros meios de resolução de conflitos é o que mais se aproxima do funcionamento do Poder Judiciário. Trata-se de um mecanismo de heterocomposição privado, por meio do qual um terceiro, o árbitro, julgará o caso e sua decisão será final e vinculante para as partes que, voluntariamente, por meio de um contrato, se submetem a essa decisão. O árbitro, portanto, atua de uma maneira ritualizada e tendente à prolação de uma sentença final e vinculante.

Com efeito, a arbitragem é uma forma adequada de resolução de controvérsia. As partes, com renúncia ao caminho representado pelo recurso à jurisdição estatal, através da arbitragem, buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial – porque não feita pelas partes diretamente – do litígio. O processo será instruído e, de forma imparcial, o terceiro sentenciará qual parte tem razão no conflito instaurado. Trata-se de modalidade de resolução de conflitos pela heterocomposição, mediante via diversa daquela monopolizada pelo Estado, cuja decisão ostenta a mesma força da proferida pelo Poder Judiciário, conforme será melhor analisado no capítulo 3.

A arbitragem, igualmente, não deve mais ser entendida como um meio alternativo ao processo judicial, mas, sim, como uma via que pode ser mais adequada em

⁹¹ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Comentários aos arts. 1º a 12. In: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

⁹² Idem, ibidem, p. 34.

⁹³ COSTA E SILVA, Paula. **A nova face da justiça**. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 35.

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 35.

relação ao tradicional modelo de resolução de litígios⁹⁵, sobretudo naqueles casos que envolvem temas técnicos e complexos.

A propósito, conforme relata Marcelo José Magalhães Bonício, em virtude do conhecimento técnico de que dispõem, os árbitros “poderão entender melhor determinado litígio e valorizar adequadamente as provas produzidas, provavelmente com muito maior precisão do que um juiz que, quase sempre, não possui esses conhecimentos técnicos”⁹⁶.

O certo é que a longa tradição da jurisdição monopolizada pelos órgãos do Poder Judiciário levou o jurista a qualificar a conciliação, a mediação e a arbitragem não como primários, mas, sim, como meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution*).

Essa compreensão, entretanto, como se disse, está superada, presa ainda a valores e comportamentos resistentes às novas propostas, as quais sinalizam para novos paradigmas e novas formas de recepcionar e resolver conflitos em modo menos impactante, menos oneroso, mas efetivo, adequado e duradouro.

Nesse passo, revela-se superada, pelo menos de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, qualquer compreensão que aponte a superioridade da justiça estatal, prestada pelo Poder Judiciário, em relação aos demais meios de solução de controvérsias.

A consagração, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do modelo multiportas (CPC, art. 3º) está a demonstrar que a efetiva solução de resolução de conflitos entre os indivíduos é possível e que, para a concretização desse feito, é necessário que haja a multiplicidade de possibilidades de mecanismos que atendam à demanda de conflitos os mais variados existentes na sociedade. Sobre o ponto, colhe-se o magistério de Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.:

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas. Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo,

⁹⁵ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 158, abr./jun., 2015. Ainda sobre o tema, conferir: LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁹⁶ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 162, abr./jun., 2015.

migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo⁹⁷.

Fala-se, assim, de uma atipicidade dos meios de solução de conflitos⁹⁸, aderente ao chamado movimento da justiça multiportas: a justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, vinculado aos quadros do Poder Judiciário, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos, podendo-se pensar em diversas outras possibilidades, o que abrangeria inclusive mecanismos pré-processuais.

Como instrumentos oferecidos aos interessados para auxiliar na composição de litígios, os métodos obterão melhores resultados se servirem à solução daqueles conflitos cujas especificidades se ajustem, se adéquem, enfim, se identifiquem com o procedimento e com as técnicas de cada um deles. Dizer que um meio de resolução é o mais adequado é o mesmo que dizer que, dentre outros existentes, ele é o mais ajustado para resolver uma determinada situação. Consoante salienta metaforicamente Michele Taruffo, se o que se deseja é vencer um grande prêmio da fórmula 1, será mais eficiente pensar em utilizar um carro que supere 300 km/h do que correr num Fiat 500⁹⁹.

Destacando esse viés do princípio da adequação, voltado ao método adequado de solução de conflito, colhe-se o ensinamento de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, para quem:

A escolha do mais eficiente e apropriado método de composição observa, pois, um princípio, aqui denominado de princípio da adequação, cuja observância leva os disputantes a elegerem o mecanismo que representa o mais adequado instrumento para a solução do conflito surgido entre eles¹⁰⁰.

E arremata o processualista afirmando que:

O sistema multiportas é a implementação efetiva do princípio da adequação, porquanto parte da premissa de que existem vantagens e desvantagens na utilização de cada um dos processos de solução de conflitos e, por conseguinte, oferece ao interessado as diversas opções existentes¹⁰¹.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36, sem negrito no original.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 36-37, sem negrito no original.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. n. 01, p. 63-92. Milano: Giuffrè, 2009.

¹⁰⁰ REZENDE DE ALMEIDA, Diogo Assumpção. O princípio da adequação e os métodos e solução de conflitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 195, p. 199, mai. 2011.

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 202.

Considerando que as peculiaridades do processo judicial tradicional não mais permitem uma resposta adequada a todas as demandas que são apresentadas, é indispensável que se pense – e repense – em meios diversos de resolução de litígios, com a desconcentração do ofício judicante no âmbito do Poder Judiciário, apostando em novos mecanismos de enfrentamento que possam garantir uma solução eficaz às demandas jurídicas, sobretudo se envolvem matérias específicas.

Nesse sentido, cumpre ponderar a respeito da possibilidade do exercício da função jurisdicional a ser exercida por órgãos administrativos. As decisões estatais decorrentes de certos processos administrativos, nos quais se vislumbram especificidades, além de garantirem o acesso à justiça, justificaria uma limitação à intervenção do Poder Judiciário no quanto decidido pela esfera administrativa.

A propósito, conforme será analisado no capítulo seguinte, não é de hoje que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que certos órgãos administrativos, não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, processem e decidam controvérsias em suas respectivas áreas de atuação.

CAPÍTULO 2

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NÃO É EXCLUSIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

É comum e corriqueiro se associar, quase que automaticamente, o exercício da jurisdição ao Poder Judiciário. A correlação talvez ainda subsista por apego exacerbado à teoria da separação dos poderes, nas suas primeiras aplicações, que tendia para a unidade orgânica, de modo a concentrar a função jurisdicional nas vias judiciárias¹⁰².

Quem sabe também essa compreensão ainda permaneça em razão de algum destaque que se dê ao estudo das funções típicas de cada um dos Poderes¹⁰³, esmaecendo a possibilidade de se ter uma visão mais descentralizada acerca das funções, inclusive a jurisdicional, que, atualmente, também pode ser exercida por entes privados, como ocorre com a arbitragem, conforme será analisado no capítulo 3, ou por órgãos administrativos não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário, como será defendido no presente trabalho.

Não é insólito dizer, ainda, que até aqueles que têm plena ciência de que não há uma correspondência imediata entre jurisdição e Poder Judiciário, inadvertidamente, permanecem se utilizando da tradicional ideia de que a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, como se ele fosse o único a prestar a jurisdição... pode-se dizer, assim, que a associação, quase que automática, entre jurisdição e Poder Judiciário, que pode ter feito algum sentido no período em que se sistematizou a teoria da separação dos poderes, acabou atravessando o tempo e se alastrou no senso comum, tendo permanecido na mente das pessoas até por uma questão de acomodação terminológica...

¹⁰² Giuseppe Chiovenda, era peremptório ao afirmar que: “A teoria da divisão dos poderes, em suas primeiras aplicações em França, foi entendida em sentido rígido e mecânico: assim, a cada órgão deveria corresponder uma só função e lhe era defeso ingerir na atividade do outro, sequer para sindicá-la ou corrigi-la”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2, p. 8. No mesmo sentido: CASTRO NUNES. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 3.

¹⁰³ “A ausência de estudos sobre *as funções não específicas* do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, em particular, por um lado, tem sido uma das causas das críticas lançadas contra a teoria dos Poderes e, por outro lado, tem contribuído para o enfraquecimento e obsolescência do Poder Judiciário. Muitos autores reconhecem que a cada Poder deve caber uma função específica, e todo destaque, toda importância têm emprestado a essa função, no pressuposto de que, tendo ela essa característica, é o quanto basta para que os Poderes funcionem com independência. Certo é que, até agora, a preocupação tem sido apenas concentrada no estudo da divisão *de funções específicas ou fins*”. GUEDES DA SILVA, Armino. **Tribunais de duplo grau de jurisdição**. Fórmula para descentralizar a Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 19-20, com grifos no original.

Entretanto, quando se tem a exata noção de que a teoria da separação de poderes não apresenta mais aquela configuração clássica, do ciclo liberal francês, tal como proposta inicialmente por Montesquieu, fica patente o completo desacerto na associação entre jurisdição e Poder Judiciário¹⁰⁴.

A chamada separação de poderes representa, na verdade, uma divisão de órgãos ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado. A divisão figurativa de poderes se dá quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias. Essa vertente contemporânea da separação de poderes volta-se, inegavelmente, para o aumento da eficiência do Estado.

Ao longo do tempo, foram se ampliando os espaços de intersecção e interferência entre os poderes estatais. Passou-se a conviver com uma permissão, cada mais alargada, de exercício de funções atípicas, além daquelas que cabiam ordinária e tipicamente a cada um dos Poderes. Não se pode olvidar, ainda, que durante todo o fluxo evolutivo da história, foram surgindo novos órgãos e centros de poder autônomo, com competências técnicas e específicas, sobretudo diante da necessidade de o Estado garantir a eficiência na prestação dos serviços.

A concepção contemporânea da separação de poderes ainda impõe seja contido o arbítrio no exercício do poder, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados. A partir do princípio ainda se reconhece a exigência de cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio entre os órgãos executores do poder, com vistas à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais. Essas questões serão melhor exploradas nos itens a seguir.

2.1 Um breve volver acerca da teoria da separação de poderes: a construção clássica sistematizada por Montesquieu e a complementação da teoria pela doutrina norte-americana dos *checks and balances*

O Estado é entidade abstrata que representa a ideia de poder. Não há Estado sem poder. Noutro dizer, o poder é a nota tipificadora do Estado, a mais marcante de suas

¹⁰⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que o próprio Montesquieu, responsável por sistematizar a teoria da separação dos poderes, já “abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137. No mesmo sentido: “É necessário ter em mente que a teoria da tripartição de poderes nunca chegou a ser aplicada de modo homogêneo nem em termos radiais”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344.

manifestações¹⁰⁵. É, então, da atuação do poder que surgem as normas organizadoras do Estado. Evidencia-se o poder pela circunstância da organização¹⁰⁶.

O poder político ou soberano pode concentrar-se num **único órgão**. Essa configuração é encontrada nas monarquias absolutas. A sociedade francesa do século XVIII, por exemplo, mantinha a divisão em três Ordens ou Estados típica do Antigo Regime (Clero ou Primeiro Estado, Nobreza ou Segundo Estado, e Povo ou Terceiro Estado¹⁰⁷), cada qual regendo-se por leis próprias, com um Rei absoluto, detentor de um poder supremo independente, no topo da hierarquia dos Estados¹⁰⁸. O Rei tinha a última palavra sobre a justiça, a economia, a diplomacia, a paz e a guerra, e quem se lhe opusesse teria como destino a prisão da Bastilha, símbolo da prepotência e do terror real¹⁰⁹. O Absolutismo¹¹⁰, como era chamado, foi, assim, marcado pela concentração de todos os poderes nas mãos do soberano¹¹¹.

O poder político ou soberano, por outro lado, pode ser exercido por **diversos órgãos** do Estado, os chamados órgãos de soberania¹¹², também denominados de “Poderes do Estado” (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário). A ideia de separação do poder não é contemporânea. Aristóteles, por exemplo, já apontava a deliberação, o comando e a judicatura como potencialidades de soberania¹¹³. John Locke,

¹⁰⁵ JORGE MIRANDA. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n. 119, p. 218.

¹⁰⁶ MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

¹⁰⁷ A vasta maioria do povo francês, constituída por todos aqueles que não gozavam da posição do clero ou da nobreza, pertencia ao terceiro estado. O Terceiro Estado, portanto, à exceção do clero e da nobreza, era composto por todas as classes e condições de pessoas, desde os professores e médicos das universidades, até os vagabundos da França rural. Conferir, sobre o ponto: SHENNAN, J.H.. **A França antes da revolução**. Tradução: J. Santos Tavares. Lisboa: Gradiva, 1985, p. 18.

¹⁰⁸ Sobre as características de cada uma dessas Ordens típicas do Antigo Regime, conferir: SHENNAN, J.H.. **A França antes da revolução**. Tradução: J. Santos Tavares. Lisboa: Gradiva, 1985.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Valdir F.. **O espírito democrático da Revolução Francesa**. Tese de concurso à cadeira de História da Civilização (História Geral) da Escola Normal Oficial do Piauí. Teresina: D.E.I.P, 1945, p. 47.

¹¹⁰ Referindo-se ao absolutismo, Nelson Saldanha afirmou: “Como se sabe, seu sentido etimológico corresponde a ‘*ab*’ e a ‘*solutus*’: a idéia, no caso, é a de um poder exercido à solta, sem vínculos, sem controles, sem limites”. SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 45.

¹¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09-17.

¹¹² CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 41.

¹¹³ “Desde Aristóteles reconhece-se que a função estatal é suscetível, em razão das diferenças que apresenta, de ser dividida num certo número de categorias, agrupando cada qual aqueles atos do Estado que apresentam, entre si, traços de uniformidade. O próprio Aristóteles já fixava em três essas categorias. Foi, no entanto, Montesquieu quem melhor sistematizou a chamada repartição dos poderes estatais. Não que Montesquieu tenha descoberto tais funções, ou as tenha proposto, já que estas funções são identificáveis em qualquer tipo de Estado, mas foi Montesquieu, e nisto está seu mérito, quem propôs um sistema de organização e funcionamento do poder estatal de modo que cada órgão desempenhasse uma atividade distinta, ao mesmo tempo em que a atividade de cada qual servisse de contenção da atividade de outro

considerado por alguns o responsável pela primeira sistematização da teoria¹¹⁴, também traçou algumas premissas relacionadas à separação de poderes, tendo apontado a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder¹¹⁵.

No entanto, conforme já mencionado no item 1.1, foi com o Barão de Montesquieu, autor da clássica obra *De l'esprit des lois*, celebrizada na França revolucionária¹¹⁶, que a construção teórica da separação de poderes ganhou sistematização, visibilidade e força. O filósofo francês acreditava que a concentração de poder em uma única pessoa poderia reverter em despotismo, daí por que as atividades deveriam ser conferidas a **órgãos** distintos, com vistas à garantia da liberdade dos cidadãos.

Nesse sentido, é conhecida a formulação doutrinária do Barão de Montesquieu: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três **poderes**: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”¹¹⁷.

Como a preocupação maior da sociedade que viria a se instaurar posteriormente ao Absolutismo era positivar um limite à atuação do Estado, nada mais natural do que se apoiar na construção teórica da separação de poderes. A separação de poderes aparece justamente como um método de contenção dos abusos perpetrados pelo absolutismo. Após a Revolução Francesa, no fim do século XVIII, institucionaliza-se, então, o chamado Estado Liberal, que, declaradamente, recepciona a teoria sistematizada por Montesquieu, deixando para trás o governo absoluto.

A Constituição Francesa de 1791, aliás, trouxe uma das defesas mais apaixonadas pela construção teórica da separação de poderes, já que deixou incorporar ao seu texto um dispositivo que constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento culminante da Revolução Francesa, vazado nos seguintes termos: “Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

órgão”. ALBUQUERQUE ROCHA, José de. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62.

¹¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215.

¹¹⁵ Idem, ibidem, p. 215.

¹¹⁶ Sobre o tema, SHENNAN, J.H.. **A França antes da revolução**. Tradução: J. Santos Tavares. Lisboa: Gradiva, 1985.

¹¹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 168-169, sem grifos no original.

O Estado Liberal e a figura da Constituição, surgiram, assim, para limitar os poderes do soberano, visando conter o arbítrio que preponderou sob a égide do Estado Absoluto, resumidos na frase de Luiz XIV, símbolo do poder pessoal: *l'État c'est moi*¹¹⁸.

O princípio da separação de poderes é conformado, portanto, sob um viés negativo, consistindo numa proibição de se concentrar todos os poderes nas mãos de um mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos. Num primeiro momento, o que importava, precipuamente, não era necessariamente a especialização de funções, mas, sim, a limitação do que competiria a cada exercente do poder.

A propósito, foi na formulação de Montesquieu que primeiro se reconheceu um Poder Judiciário funcional e institucionalmente autônomo, destacado do Poder Executivo, incumbido então de julgar os crimes e conflitos entre os particulares¹¹⁹. Apesar dessa constatação, de acordo com a construção de Montesquieu, o Poder Judiciário não fazia nenhum tipo de escolha, se limitando a exprimir a vontade da lei genérica e abstrata em um caso concreto, por isso a afirmação de que se tratava de um “poder nulo”¹²⁰.

Com efeito, ao Estado-Juiz não era permitido formatar a atividade do legislador, interpretando a lei, por exemplo, em face da realidade social. Dizia Montesquieu que o julgamento deveria ser apenas um “texto preciso da lei”¹²¹, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz”¹²², e, dessa forma, “viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que assumimos”¹²³.

Não é difícil, assim, entender as razões pelas quais, uma vez instalado o Estado Liberal (modelo francês), reservou-se ao Judiciário um papel de subordinação ao Legislativo. Também não é difícil alcançar o porquê de o princípio da separação de poderes, no modelo de legislação parlamentar europeu, ter se estruturado com o escopo de garantir o primado da lei, o monismo do legislador.

Além da Revolução Francesa, um outro marco importante para o advento do Estado Liberal – e que precede aquele – é a Revolução Americana, a qual culminou na declaração de independência das colônias inglesas na América e possibilitou o surgimento dos Estados Unidos.

¹¹⁸ PEDRO CALMON. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3.ed.: São Paulo, 1949, p. 95.

¹¹⁹ BIELSCHOWSKY, Raoni. **O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes**. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 195, p. 273, jul./set. 2012.

¹²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹²¹ Idem, *ibidem*, p. 170.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 170.

¹²³ Idem, *ibidem*, p. 170.

Nos Estados Unidos, por influência do Iluminismo europeu e a partir da obra “O Federalista”, também se desenvolveu a doutrina da separação de poderes arquitetada por Montesquieu. Nos artigos federalistas, os revolucionários americanos manifestavam temor quanto à possível ação tirânica do Legislativo, dada a excessiva concentração de poder naquela esfera.

Com o objetivo de fortalecer o Executivo, Madison e Hamilton consolidaram um modelo de separação de poderes que visava atenuar a supremacia do Legislativo, garantindo maior equilíbrio na relação entre as esferas de poder. De acordo com a configuração norte-americana, não há uma supervalorização da figura do legislador, nem a subordinação do magistrado ao legislativo, como ocorre no direito francês¹²⁴. Tampouco se há de falar de impossibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis.

A Constituição norte-americana de 1787 foi promulgada seguindo uma tendência marcadamente liberal, contendo, como reclamava o movimento constitucionalista por ela inaugurado, uma declaração de direitos e a separação de poderes.

Nos Estados Unidos, a ideia subjacente ao princípio da separação de poderes é a de estabelecimento de um sistema que além de possibilitar às diversas funções do poder um controle e uma fiscalização recíprocos, também permita uma atuação tanto quanto possível coordenada, como forma de melhor salvaguardar os direitos fundamentais e garantir a sua proteção¹²⁵.

Trata-se dos *checks and balances*, sistema de freios e contrapesos, de acordo com o qual as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, os quais

¹²⁴ Bem demonstrando a realidade norte-americana, afirma Nuno Piçarra, referindo-se ao texto de Hamilton, inserido na obra “O Federalista”: “O que este texto de HAMILTON deixa claro, quanto ao que o princípio da separação dos poderes diz respeito, é que as concepções da constituição, de lei e de poder judicial aqui pressupostas são muito diferentes daquelas que serviram de base ao modelo de Estado de legislação parlamentar. Não só são aqui claramente concebíveis leis ‘injustas e parciais’ e ‘maus legisladores’ eleitos, como à função judicial é reconhecido um carácter claramente constitutivo e criador de Direito. Desde logo, reconhece-se como inerente à função judicial um poder de interpretação – que em França se chegou a pretender proibir aos tribunais – e, explicitamente, um poder de ponderação entre normas de diferente força jurídica. Ora, o juiz está longe, nesta óptica, de poder ser identificado com a *viva vox legis* ou boca que profere as palavras da lei, sobretudo quando não é evidente ou automática a desconformidade de uma lei com a constituição – o que, aliás, sucede na grande maioria dos casos. De tal forma lhe são precisos mais do que ‘olhos’ para o exercício da sua função, que ‘são poucas as pessoas que, por suficientemente familiarizadas com a legislação, podem ser nomeadas para as funções de juiz’”. PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 203-204.

¹²⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação de poderes á luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, n. 395, p. 90-91, set. 2010.

colaboram no exercício de cada uma delas mediante controles recíprocos. O sistema de freios e contrapesos também revela uma técnica de controle que tem os seguintes objetivos, a saber: a) evitar a tirania; b) limitar a autoridade, impedindo arbitrariedades; e, c) preservar a liberdade individual.

Do quanto exposto, é possível estabelecer uma nota distintiva essencial entre os modelos teóricos de separação de poderes de Montesquieu e o americano: enquanto o primeiro representou, primordialmente, um mecanismo voltado à promoção da liberdade individual; o segundo, além de procurar limitar a ação do Legislativo, acabou funcionando como um instrumento de divisão de trabalho e otimização das funções estatais.

Já se pode antecipar a conclusão de que a noção contemporânea do princípio da separação de poderes não se coaduna com aquela pensada originalmente¹²⁶. Diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta. A doutrina americana dos *checks and balances*, seguramente, contribuiu para a compreensão do princípio da separação de poderes em termos funcionais, mitigando a ideia de que este pudesse constituir um fim em si mesmo¹²⁷.

Cumpre, então, analisar como a construção teórica da separação de poderes, elevada à condição de pressuposto de existência de uma Constituição, segundo a Declaração dos Direitos do Homem, se redimensiona na estrutura estatal presente. É esse o objetivo do tópico a seguir.

2.2 O esgotamento da matriz clássica e uma visão contemporânea do princípio da separação de poderes

¹²⁶ “Desde que se desfez a ameaça de volver o estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157.

¹²⁷ “Ao examinarmos atentamente os mecanismos constitucionais atuais, sem dúvida, muitas técnicas foram utilizadas para atenuar as insofismáveis desmedidas da teoria da tripartição dos Poderes. Indubitavelmente o sistema de freios e contrapesos constitui uma dessas técnicas, o qual tem por fito proporcionar instrumentos para que os Poderes possam realizar controles recíprocos no intuito de evitar abusos”. MELO ROCHA, Joyce Michelle de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e o “aparente conflito” com a tripartição dos poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 83, p. 48, abr./jun. 2013.

Tendo em vista as demandas da sociedade e, conseqüentemente, as mudanças operadas no Estado contemporâneo, imerso numa realidade pós-moderna (item 1.1), não mais se sustenta uma compreensão clássica acerca da teoria da separação de poderes, fundada na proteção da liberdade individual em face de um monarca absolutista, que resultou numa divisão em compartimentos estanques¹²⁸.

De acordo com o ensinamento de Inocêncio Mártires Coelho, o princípio da separação de poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, “exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclareçam e se fecundam”¹²⁹.

O princípio da separação dos poderes, na verdade, passa a apresentar uma nova roupagem a partir do momento em que o Estado começa a intervir na economia e no meio social¹³⁰. A mudança no papel do Estado levou a uma crise no princípio da separação dos poderes¹³¹. A realidade social e econômica entra em choque com o modelo político do século XVIII, ensejando, assim, “um processo adaptativo do princípio da separação dos Poderes em face da nova conjuntura fática”¹³².

Com efeito, ao longo do tempo, foram se ampliando os espaços de intersecção e interferência entre os poderes estatais. Além disso, passou-se a conviver com uma permissão, cada mais alargada, de exercício de funções atípicas, além daquelas que cabiam ordinária e tipicamente a cada um dos Poderes¹³³. Não se pode olvidar, ainda, que

¹²⁸ “A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157.

¹²⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: 2007, p. 220.

¹³⁰ MELO ROCHA, Joyce Michelle de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e o “aparente conflito” com a tripartição dos poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 83, p. 47, abr./jun. 2013.

¹³¹ “No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, levou a uma crise no princípio da separação dos poderes. [...] conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e ausenteísta, mas sim poderes públicos que atuem energeticamente em prol dos direitos fundamentais e interesses sociais relevantes”. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 305.

¹³² MELO ROCHA, Joyce Michelle de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e o “aparente conflito” com a tripartição dos poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 83, p. 47, abr./jun. 2013.

¹³³ “De pronto vale lembrar (algo sempre necessário diante do fato de que muita vez nos pegamos imaginando haver exclusividade das funções de julgar, legislar e concretizar a vontade estatal respectivamente no Judiciário, Legislativo e Executivo) que os poderes exercem funções que não lhes são típicas, não como atividades meramente de apoio ou secundárias, mas como atividades constitucionalmente reservadas como próprias” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como

durante todo o fluxo evolutivo da história, foram surgindo novos órgãos e centros de poder autônomo, com competências técnicas e específicas, sobretudo diante da necessidade de o Estado garantir a eficiência na prestação dos serviços.

Toda essa transformação, portanto, fez com que o princípio da separação dos poderes perdesse sua configuração de outrora. O princípio da separação de poderes carecia de estar mais próximo da realidade e do dinamismo do Estado contemporâneo. É exatamente nesse sentido a afirmação de Andreas Krell, para quem o princípio da separação dos poderes, na atualidade, “deve assumir uma ‘noção menos mistificadora e mais pragmática’”¹³⁴.

Assentadas as premissas, a respeito da necessidade de se compreender o princípio da separação de poderes na realidade contemporânea, importa, a partir de agora, tratar de alguns elementos que compõem o seu conteúdo jurídico.

2.2.1 Distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais com competências próprias

Numa vertente contemporânea, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido numa perspectiva de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais, com competências próprias¹³⁵, ou seja, como uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas.

Realmente, não parece mais haver divergência de que a chamada separação de poderes representa, na verdade, uma divisão de **órgãos** ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas **funções** do Estado: uma coisa é o Poder do Estado, uno e indivisível¹³⁶; outra coisa é a diversidade de funções, com a correspondente diversidade de órgãos¹³⁷.

disciplina da atividade estatal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 262/263.

¹³⁴ KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 71-72.

¹³⁵ Seabra Fagundes, de há muito, já pregava por uma concepção mais funcional da teoria da separação de poderes: “[...] o Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição [...]. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. É de notar, porém, que cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 13-15.

¹³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214.

¹³⁷ “Concluindo, e resumindo, a separação de poderes é uma técnica para distribuir funções distintas entre órgãos relativamente separados. O poder é uno; as funções e os órgãos é que são distintos” ROCHA, José

A propósito, José Afonso da Silva, mesmo reconhecendo a conexão entre os conceitos, estabelece a diferença entre divisão de funções e separação de poderes:

A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções (menos o Judiciário): órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário. Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes¹³⁸.

Ainda sobre o assunto colhe-se o ensinamento de Alexandre Santos de Aragão:

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais¹³⁹.

A ideia de divisão de poderes, portanto, consiste numa separação funcional, mera divisão de trabalho, por ser uno o poder do Estado, distribuindo-se determinadas funções estatais a órgãos diferentes¹⁴⁰. O poder do Estado divide-se e se encerra num sistema de

de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63. Também destacando a ideia de separação de funções estatais: GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 110; DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 495-497; DANTAS, Ivo. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 307; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213; AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Processo de conhecimento, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 156; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22-24. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 41; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 453; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 172; GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

¹³⁸ AFONSO DA SILVA, José. Harmonia entre os poderes e governabilidade. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, n. 1, 25-35, jan./mar. 2006. p. 27.

¹³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 371.

¹⁴⁰ “Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. [...]. Qual a importância prática dessa polêmica na atualidade? Existe, na verdade, uma grande importância, pois aquela diferenciação está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior

competências delimitadas¹⁴¹. A divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias¹⁴².

Diante dessa necessidade de especializar as funções, a separação dos poderes, dentre outras coisas, passa a ter o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados, conforme enfatiza Dalmo de Abreu Dallari:

Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados¹⁴³.

Reconhecendo que a atual compreensão da teoria da separação de poderes consiste, no fundo, numa separação funcional, ou seja, numa mera divisão de trabalho, e, mais, considerando que dita construção teórica deve também estar voltada para o aumento da eficiência do Estado, deve o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem *expertise* no seu trato.

Parece ter sido exatamente essa a ideia quando o legislador fixou a competência do Tribunal de Contas para “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal” (CRFB/88, art. 71, II).

é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214.

¹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

¹⁴² “[...] hoje em dia poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão dos Poderes, e a nossa história constitucional nos dá um exemplo característico das modificações sofridas pela doutrina, desde a sua primeira formulação clássica até a Constituição Federal vigente, na qual a divisão de poderes soberanos não tem mais o valor de um princípio essencialmente destinado à garantia das liberdades individuais, mas antes um valor pragmático de uma distribuição de funções, de uma simples aplicação da lei da divisão do trabalho no setor das atividades políticas”. REALE, Miguel. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 352.

¹⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213.

A mesma lógica se aplica ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia de regime especial (item 4.2.4.). Nos termos do art. 9º da Lei nº 12.259/2011, compete ao CADE, através do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo, decidir a respeito da existência da infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei (inciso II); decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral (inciso III); ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar (inciso IV); aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento (inciso V); apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral (inciso IV). O CADE exerce, portanto, função jurisdicional nos casos relacionados ao direito da concorrência.

O ordenamento jurídico pátrio, ao lado de funções puramente administrativas, também atribui às agências reguladoras competências decisórias, resolvendo conflitos no âmbito administrativo. A Agência Nacional de Petróleo – ANP, por exemplo, que cuida da atividade econômica do monopólio estatal de exploração e produção de petróleo¹⁴⁴, tem competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (Lei nº 9.478/97, art. 58, §1º).

À Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por sua vez, compete adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, compondo administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações. (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVII).

A constatação acima (exercício da função jurisdicional a órgãos especializados) desemboca em um outro ponto fundamental para o presente trabalho, atinente ao controle dos atos praticados por esses órgãos administrativos. Embora essa questão venha a ser melhor desenvolvida no capítulo 4 (item 4.3.), já pode ser anunciada por aqui: considerando que certos órgãos especializados, aos quais o legislador atribuiu competência para o exercício da função jurisdicional, terão mais *expertise* para apreciar determinadas matérias, parece ser chegada a hora de se repensar o conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de

¹⁴⁴ CRFB/88, art. 177, I e IV

modo a lhe atribuir uma compreensão mais adequada, vedando, por exemplo, a possibilidade de revisão ilimitada pelo Poder Judiciário do quanto decidido na esfera administrativa.

2.2.2 Ainda sobre a tripartição de Poderes e funções. Uma reflexão a respeito da existência de outras estruturas orgânicas e de outras funções estatais

O princípio da separação de poderes (*rectius*: funções), numa visão mais contemporânea, também não deve admitir uma divisão estanque nem no que diz respeito aos órgãos, nem no tocante às funções a serem exercidas, tal como foi delineado na configuração da tripartição clássica. Como se disse acima (item 2.1.1), há uma grande tendência de se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal seja eficientemente executada e controlada.

Nesse sentido, no lugar de um esquema taxativo para a separação de poderes, com inspiração na teoria liberal dos séculos XVIII e XIX, surge um modelo mais complexo, maleável e sofisticado¹⁴⁵. O pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea impõem a necessidade de construção de fórmulas mais criativas e menos inflexíveis para a divisão do exercício do poder político¹⁴⁶.

Nesse sentido, conceber a divisão de Poderes num sistema ideal de distribuição de poderes entre entidades e órgãos, no final das contas, acaba mascarando o fato de que o princípio é permeado por um valor de meios e não de dogmas. Consoante adverte Alexandre Santos de Aragão, sempre que o interesse geral, *a priori*, justifique a necessidade de outorga de funções a órgãos auxiliares e independentes, em nada comprometerá o princípio da separação de poderes¹⁴⁷.

A propósito, cabe lembrar que essa, definitivamente, não é uma realidade desconhecida no Brasil. De uma simples análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio, observa-se que vários executores do poder político não necessariamente se encaixam perfeitamente nos modelos dos “três poderes”. Basta lembrar, por exemplo, dos tribunais de contas, que, apesar de entes autônomos e independentes, se vinculam ao Poder Legislativo. Do mesmo modo ocorre com as agências reguladoras e com o

¹⁴⁵ CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 140, p. 169, jun. 2016.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 169.

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, p. 288, out./dez. 2002.

Ministério Público¹⁴⁸, integrantes formais da estrutura do Poder Executivo. Há, ainda, o Conselho Nacional de Justiça, vinculado à estrutura do Poder Judiciário¹⁴⁹.

O apego à formatação tradicional da separação de poderes, no entanto, faz com que o próprio direito positivo procure enquadrar o exercício de “poderes” por aparelhos independentes no esquema da tripartição clássica: Legislativo, Executivo e Judiciário. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar da questão, sustenta que:

[...] em se tratando de funções públicas cometidas ao Estado, ainda que o sejam apenas em princípio, notadamente as que exigem o exercício do monopólio da coerção, neste caso, como condição para que logrem produzir suas pretendidas eficácias jurídicas, será necessário que se defina na ordem jurídica, a quem imputar o dever de exercê-las, o que torna necessário que se instituem órgãos aptos a desempenhá-las (melhor dito, portanto, que “poderes”), que podem ser, assim, conceituados genericamente como formas estruturais estáveis destinadas à expressão do poder estatal. Ora, esses órgãos devem ser necessariamente criados e estruturados por normas jurídicas, com natureza de normas ônticas, que poderão ser constitucionais ou infraconstitucionais; será, porém, exclusivamente pela constitucionalização que em alguns deles se concentrarão certas específicas funções tidas como essenciais à existência do Estado, entre eles distribuindo do modo mais definido e minudente que for possível o exercício do Poder Público, daí o situarem-se no vértice da ordem jurídica. Por esta razão, nessas funções e respectivos órgãos executores, encontra, o ilustre constitucionalista italiano Giuseppe de VERGOTIINI, a marca do Direito Público contemporâneo: um fenômeno juspolítico que denomina com precisão de “pluralidade dos centros constitucionais de imputação do poder”¹⁵⁰.

Não é leviano dizer que, como consequência dos variados modos de expressão do poder político existentes, podem decorrer também novas funções a serem desempenhadas. Essa circunstância, ainda no entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, inviabilizaria qualquer tentativa de categorizar todas as funções em um rol taxativo, estanke, já que seria possível defender, por exemplo, a existência da função

¹⁴⁸ Ao tratar das funções estatais, Alexandre Moraes elenca junto aos órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário, também o Ministério Público, sob o argumento de que as funções que são constitucionalmente atribuídas a esse último órgão, especialmente a de defensor dos direitos fundamentais e de fiscal dos Poderes Públicos, não poderiam ser ignoradas pelo intérprete, “pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos da nossa atual Constituição Federal”. MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 601-602.

¹⁴⁹ “[...] apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí reconhecendo o temor de afrontá-la expressamente. Em consequência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado, mantendo a aparência da separação de poderes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 218.

¹⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 223, p. 8-9, jan./mar. 2001.

fiscalizadora, da função provocativa, da função participativa, dentre tantas outras, além, obviamente, das tradicionais legislativa, administrativa e jurisdicional¹⁵¹.

Com efeito, a dinâmica da sociedade atual, plural e complexa, provocará o surgimento de demandas inéditas, que as instâncias de poder tradicionais do esquema tripartite nem sempre serão capazes de atender eficientemente. Novos órgãos poderão surgir, do mesmo modo que outras funções podem ser delineadas.

Veja-se que essa compreensão corrobora o que está a se defender no presente trabalho: a necessidade de se voltar o olhar para uma construção mais funcional da separação de poderes. Mas é preciso que se diga mais. Além das facetas até então articuladas, a separação de poderes também traz em seu núcleo a ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos. É esse o objeto de análise a seguir.

2.2.3 Separação de poderes como ideia de controle, fiscalização e coordenação recíprocos

A interpretação contemporânea constitucional da separação de poderes vem reconduzindo a compreensão do princípio também para a vertente relativa ao controle recíproco, que é associada à doutrina norte-americana dos *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos), já mencionado no item 2.1.

Nesse sentido é o entendimento de Nuno Piçarra, para quem “o sistema de controlos jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”¹⁵².

Com efeito, o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertam em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores

¹⁵¹ “[...] como são também variadíssimos os modos possíveis de expressão do poder político, cada um deles se desdobra numa determinada função a ser exercida, de sorte que passam a existir inúmeras modalidades de funções políticas possíveis, numa lista em aberto que resiste a todos os esforços de categorização que as esgotem. Assim, acrescem-se incessantemente às funções tradicionais constitucionalizadas – a normativa, a administrativa e a jurisdicional – novas outras funções constitucionais, como a para-normativa [CRFB/88, art. 217, I], [...] a fiscalizadora [CRFB/88, art. 129, II e III], a provocativa [CRFB/88, art. 71, XI], a participativa [CRFB/88, art. 74, §2º], [...] e tantas outras mais que venham a ser caracterizadas na lei ou na doutrina juspublicista contemporâneas, como, no Brasil [...] e no Direito Comparado, outras funções como a de jurisdição constitucional (cortes constitucionais independentes) ou a de regulação monetária (bancos centrais independentes). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 223, p. 8, jan./mar. 2001.

¹⁵² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 258-259.

das atividades e formação de uma vontade estatal válida. A ideia é justamente evitar abusos no exercício do poder político, em favor de toda a coletividade e, em última análise, da própria liberdade. Nesse sentido, os detentores do poder estão obrigados, pelo núcleo essencial do princípio da separação de poderes, a uma cooperação mútua, sendo-lhes defeso impor arbitrariamente suas opiniões em face do outro.

A partir da leitura contemporânea do princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88, é possível, portanto, extrair outras regras jurídicas do seu núcleo essencial. É preciso se conter o arbítrio, por meio da fiscalização e do controle recíprocos entre os órgãos especializados, sem que se possa causar risco à higidez das competências funcionais do órgão controlado, bem como aos anseios da sociedade. Além disso, imprescindível que haja cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político, tudo com vistas à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, não poderia passar despercebido o protagonismo contemporâneo do Poder Judiciário. Conforme mencionado no item 1.1., os juízes e tribunais passaram também a tomar parte no processo de transformação do direito, funcionando como verdadeiros protagonistas na tripartição de poderes e na vida política do país. É preciso deixar consignado que a linha defendida no presente trabalho acaba contribuindo com a ideia de equilíbrio, cooperação e controle entre os “Poderes”, na medida em que se propõe uma compreensão mais adequada acerca do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a vedar a possibilidade de revisão ilimitada pelo Poder Judiciário do quanto decidido na esfera administrativa, naquelas situações que exigem *expertise*.

2.3 O destaque para algumas funções atípicas exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro

Para corroborar tudo que foi acima articulado, mas, naturalmente, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, cumpre destacar algumas situações encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, que demonstram essa roupagem da separação dos poderes, não só com a consagração de algumas aplicações das funções atípicas de cada um dos poderes, mas, para além disso, com a comprovação de que muito se alterou os tradicionais contornos das funções estatais.

Além de demonstrar que é absolutamente possível se reconhecer o exercício da função jurisdicional por outros órgãos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, pretende-se deixar evidenciado que, cada vez mais, se verifica uma progressiva diminuição de fronteiras e uma relatividade dos critérios de caracterização material e distinção entre as funções; circunstância que só corrobora o que já fora articulado nos itens acima.

2.3.1 A função jurisdicional e a função executiva do Poder Legislativo

O Poder Legislativo, além da sua função típica normativa, também exerce a função jurisdicional.

Na conformidade do art. 52, I, da CRFB/88, compete privativamente ao Senado Federal: “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

No mesmo sentido é a disposição constante do mesmo art. 52, desta feita no seu inciso II, segundo a qual é de competência exclusiva do Senado Federal processar e julgar “os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

De há muito, o sistema jurídico brasileiro conhece a medida que tem por finalidade impedir a permanência no poder daquele que desmereceu a confiança popular, por havê-la abalado¹⁵³. Trata-se do instituto conhecido como *impeachment*, que “arreda de cargos públicos o homem nocivo; afasta do governo ou da judicatura suprema quem se não compenetra das altas responsabilidades como depositário de grande parcela de autoridade”¹⁵⁴.

Miguel Reale, avocando Tocqueville, afirma que o *impeachment* “constitui um julgamento político”¹⁵⁵. E arremata o jurista dizendo que a decisão é proferida “por um

¹⁵³ “Originário do direito inglês, o instituto foi incorporado pelo direito brasileiro a partir da nossa primeira Constituição republicana (1891), sob inequívoca inspiração da Constituição dos Estados Unidos (1787)”. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Do *impeachment* do Vice-Presidente da República. **Revista dos Tribunais**, ano 105, vol. 968, p. 104, jun. 2016.

¹⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio, 1918, p. 333.

¹⁵⁵ REALE, Miguel. *Impeachment*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Direito constitucional: organização dos poderes da República** (coleção doutrinas essenciais; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 545.

corpo político momentaneamente revestido do direito de julgar”¹⁵⁶. Nessa hipótese, portanto, o Legislativo exerce função que não é legislativa, atuando como um verdadeiro “Tribunal de julgamento”¹⁵⁷. Trata-se, pois, do exercício de uma função que não lhe é típica.

O *impeachment*, portanto, pode ser citado como um exemplo de exercício da função jurisdicional fora dos órgãos do Poder Judiciário. Há, inegavelmente, o exercício da função jurisdicional no processamento e julgamento do *impeachment*¹⁵⁸, de competência do Senado Federal, a quem cabe apreciar os crimes de responsabilidade.

Mas não é só. Atipicamente, o Legislativo também administra. É o que evidenciam os arts. 51, IV e 52, XIII, ambos da CRFB/88. Esses artigos estabelecem a competência de cada uma das Câmaras para dispor sobre sua organização, polícia, e provimento de cargos e seus serviços. Há, aí, uma atividade legislativa, que dispõe a respeito do assunto, mas, para além dela, há uma atividade administrativa, na medida em que o Legislativo provê cargos, aloca servidores e lhes confere férias, licenças, etc.

2.3.2 A função legislativa e a função jurisdicional do Poder Executivo

O Executivo, por sua vez, além de tipicamente praticar atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos administração, desempenha também função atípica normativa¹⁵⁹. Conforme ensina Clèmerson Merlin Cleve, o “processo de descentralização da atividade normativa não poderia deixar de contemplar o Executivo que, nas sociedades políticas contemporâneas, participa ativamente do processo legislativo”¹⁶⁰.

Com efeito, o Chefe do Poder Executivo, por exemplo, exerce atividade normativa primária (atos legislativos capazes de inovar originariamente a ordem jurídica) quando edita medidas provisórias (CRFB/88, art. 62) e leis delegadas (CRFB/88, art. 68). A função legislativa do Presidente da República também pode ser secundária (atos

¹⁵⁶ REALE, Miguel. *Impeachment*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Direito constitucional**: organização dos poderes da República (coleção doutrinas essenciais; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 545.

¹⁵⁷ LENZ, Carlos Eduardo Thompson. Os efeitos da renúncia no impeachment. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 168, p. 79-111, nov./dez. 2012.

¹⁵⁸ BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Função jurisdicional das agências reguladoras. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, p. 154, jul./set. 2003

¹⁵⁹ Sobre o tema, amplamente: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 99.

praticados com fundamento na lei e insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica), quando edita os chamados regulamentos (CRFB/88, art. 84, IV)¹⁶¹.

O Executivo também exerce a função jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando defere ou indefere pedidos de administradores, aprecia defesas e recursos administrativos¹⁶². Para tanto, se organiza em instâncias recursais, criando, no seu interior, tribunais administrativos.

2.3.3 A função executiva e a função legislativa do Poder Judiciário

O Poder Judiciário, além da função jurisdicional, exerce também funções atípicas. O Poder Judiciário, ao organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei, está a exercer sua função (atípica) administrativa. Do mesmo modo, o Judiciário age atipicamente quando concede licenças e férias aos magistrados e serventuários que lhes forem imediatamente vinculados (CRFB/88, art. 96, I, “a”, “b” e “c; art. 96, II, “a”, “b”, etc.).

Aliás, não se pode deixar de consignar que existem órgãos de natureza administrativa que integram a estrutura do Poder Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, com o Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conforme será melhor analisado no quarto capítulo (item 4.2.1.). Apesar de estar incluído no rol do art. 92 da CRFB/88¹⁶³, o CNJ, nos termos do art. 103, §3º, da CRFB/88¹⁶⁴, é órgão de natureza administrativa, com atribuições relacionadas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos.

O art. 96, I, “a” da CRFB/88 também contempla uma hipótese de função atípica (normativa) do Poder Judiciário¹⁶⁵. De acordo com o dispositivo constitucional, compete

¹⁶¹ Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152

¹⁶² Embora defenda o exercício da função jurisdicional pelo Executivo em casos tais, Michel Temer afirma: “Não se trata do exercício da jurisdição no seu sentido constitucional; mas de qualquer forma trata-se de uma atividade que visa a solucionar o litígio, embora não tenha a marca da definitividade”. MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**, 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

¹⁶³ CRFB/88, art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

¹⁶⁴ CRFB/88, art. 103, §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura [...]

¹⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo:

privativamente aos tribunais a elaboração de seus regimentos internos, com a “observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Os regimentos internos não apenas organizam os serviços administrativos dos tribunais como chegam a complementar a legislação processual. Embora não emanem do Poder Legislativo, é inegável o caráter normativo das disposições previstas nos regimentos internos dos tribunais. A função (atípica) normativa do Poder Judiciário, em situações tais, se equipara à atividade legislativa, que cuida de situações abstratas.

Há também quem defenda que o exercício da função legislativa do Poder Judiciário está presente no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, é um dos juristas que defende que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Judiciário, em particular ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, o exercício, embora sob vestes jurisdicionais, de uma atividade legislativa. Afirma o jurista que: “Referimo-nos, em primeiro lugar à ação direta de inconstitucionalidade [...] em segundo lugar [...] à ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”¹⁶⁶.

Clèmerson Merlin Clève, por outro lado, defende que o controle da constitucionalidade – independentemente da via – configura exercício de função jurisdicional típica e não função atípica legislativa do Poder Judiciário. São suas as seguintes palavras:

[...] num Estado dotado de controle da constitucionalidade pode manifestar-se o que certa doutrina chamou de *governo dos juizes*. Ocorre que, mesmo na Europa, onde inicialmente incumbia a órgãos políticos, o controle foi, com o tempo, ‘jurisdicionalizando-se’. Ademais, se tal tarefa, inicialmente, era exercida na Europa, pelo Legislativo, jamais houve dúvida, nos Estados Unidos, que o controle da constitucionalidade compõe definitivamente o universo da atividade jurisdicional. Deveras, mesmo sem expressa autorização constitucional, desde o célebre caso *Marbury vs. Madison*, o Judiciário americano vem cuidando da apontada competência. Portanto, o deferimento ao Judiciário de competência para o controle da constitucionalidade (de leis ou atos normativos) não substancia hipótese de descentralização da atividade legiferante¹⁶⁷

Saraiva, 2007, p. 24; MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121.

¹⁶⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22-23.

¹⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

Malgrado se compreendam as razões articuladas pelo ilustre jurista e ainda que não se negue o exercício da função jurisdicional nesse tipo de exercício, sobretudo considerando que, desde a Constituição de 1891¹⁶⁸, sob a influência do direito norte-americano, a técnica de controle de constitucionalidade foi consagrada no sistema jurídico pátrio como importante papel do Poder Judiciário, não se tem como negar que a função (atípica) normativa do Poder Judiciário também se faz presente nesse tipo de atividade. Essa compreensão decorre do que já fora dito: verifica-se, atualmente, uma progressiva diminuição de fronteiras e uma relatividade dos critérios de caracterização material e distinção entre as funções.

Embora não se tenha, nem de longe, o propósito de tratar do controle de constitucionalidade no direito brasileiro – porque isso fugiria ao escopo do trabalho –, destacar-se-á a seguir, ainda que pontualmente, algumas questões relevantes para o desenvolvimento do presente estudo.

Sobre o tema do controle de constitucionalidade, a doutrina sustenta que há, no Brasil, um regime misto, porque este juízo pode ser feito em concreto ou em abstrato¹⁶⁹, conforme seja exercido para resolver um conflito subjetivo ou para resguardar a higidez do ordenamento jurídico, respectivamente. O controle pode, ainda, ser feito de forma concentrada ou difusa, caso seja exercido por um órgão específico com tal atribuição, ou por todos os membros do Poder Judiciário¹⁷⁰.

É comum se afirmar também que o controle abstrato é exercido de modo concentrado enquanto que o controle concreto é exercido de forma difusa¹⁷¹.

¹⁶⁸ “No tocante ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu nenhum sistema de controle, consagrando o dogma da soberania do Parlamento [...]. A partir da Constituição Republicana de 1891, sob a influência do direito norte-americano, consagra-se, no direito brasileiro, mantida até a CF/88, a técnica de controle de constitucionalidade de lei ou ato com indiscutível caráter normativo (desde que infraconstitucionais), por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária” LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

¹⁶⁹ A respeito da distinção entre controle concreto e abstrato, relativamente à Constituição: “o controle de constitucionalidade será concreto quando, exercido durante determinado processo jurisdicional, objetivasse, com ele, a resolução de algum ponto de direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva. A questão constitucional, contudo, deve ser solucionada apenas de maneira incidental, secundária, paralela (à questão principal da lide). O controle pode ser, ainda, abstrato, quando independe da existência de um caso concreto”. TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, n. 5, p. 36, jan./dez. 2005.

¹⁷⁰ Sobre a diferença entre o controle concentrado e difuso: “o controle pode ser exercido por um único órgão, caso em que se denomina de controle concentrado, ou por diversos órgãos, caso em que se denomina de difuso”. TAVARES, André Ramos. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, n. 5, p. 36, jan./dez. 2005.

¹⁷¹ “[...] normalmente, relaciona-se o controle difuso ao controle concreto da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto porque feito *a posteriori*, à luz

Tradicionalmente, o controle abstrato-concentrado produz decisão com efeitos *erga omnes*¹⁷², enquanto o controle difuso-concreto produz decisão com efeitos *inter partes*¹⁷³, até porque, no primeiro caso, tutela-se preponderantemente a ordem jurídica objetiva e, no segundo, pretende-se resolver um conflito subjetivo específico.

Nesse passo, nos juízos abstratos de constitucionalidade a lei é analisada em tese, desvinculada de conflitos intersubjetivos específicos. Por isso, parte da doutrina entende se tratar de atividade atípica do Poder Judiciário, e, mais, intimamente relacionada à função legislativa.

A função jurisdicional, como regra geral, *destina-se a solucionar conflitos de interesses*, a julgar uma controvérsia entre as partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque *não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial*. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais¹⁷⁴.

A atividade do Poder Judiciário, em casos tais, seria atípica justamente porque nas ações de controle abstrato de constitucionalidade não há conflito de interesses subjetivos e não se pretende diretamente uma ou algumas relações jurídicas substanciais. Apesar de haver uma controvérsia que lhe dá substrato, não há lide, na concepção tradicionalmente difundida.

das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, *a priori*". DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro**. Disponível a partir de: <<http://www.tex.pro.br/home>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

¹⁷² É essa, aliás, a disposição constante do art. 102, § 2º, da CRFB/88: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

¹⁷³ "[...] no Brasil, as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, sempre foram consideradas como vinculativas apenas em relação às partes envolvidas no litígio". ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29-30.

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. XX

Há, quem destaque, ainda, que, particularmente no caso de declaração de inconstitucionalidade, há inovação na ordem jurídica¹⁷⁵, pela subtração de uma norma ou de uma interpretação, dita inconstitucional. Através da ADIN ou da ADI genérica, por exemplo, o que se busca saber é se a lei ou ato normativo é – ou não – inconstitucional, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto.

Seguindo a linha de entendimento de Hans Kelsen, “a anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa”¹⁷⁶. E continua Hans Kelsen a afirmar que “Um Tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo”¹⁷⁷.

Não destoia desse entendimento Piero Calamandrei, para quem:

A verdade é que o recurso à Corte Constitucional para obter a declaração de ilegitimidade de uma lei não se dirige a obter um ato jurisdicional, senão, que tende a obter um ato substancialmente legislativo: isto é, um ato que, mesmo quando se chame de decisão ou sentença, terá os mesmos efeitos de um ato legislativo; não um ato que diga como deve ser aplicada ao caso concreto a lei que permanece em si, como norma geral, sem modificação, senão um ato que modifique a lei em geral, para todos os possíveis casos aos quais será aplicada no porvir¹⁷⁸.

Com efeito, se o acréscimo, ao ordenamento jurídico, de uma norma geral e abstrata tem natureza de lei, não se pode negar idêntica natureza à subtração. Manifesta, por esse ângulo, (também) a natureza legislativa da decisão que, com eficácia *erga omnes*, declara a inconstitucionalidade de norma jurídica.

Apesar de reconhecer que, em casos tais, o Judiciário age como legislador negativo, Hans Kelsen não deixa de afirmar a natureza jurisdicional da atividade:

A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios e diretivas gerais, – a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro Tribunal

¹⁷⁵ “A atividade legislativa consiste em expressão de um poder político consistente em inovar a ordem jurídica, a partir de critérios de conveniência legislativa, fixando normas cogentes de comportamento (princípio da legalidade), de natureza geral e abstrata, as quais serão cumpridas mediante o uso da força do Estado”. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 79.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 1992, p. 261.

¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 261.

¹⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 83.

em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional¹⁷⁹.

Essa configuração, por assim dizer, meio híbrida, da atividade do Poder Judiciário, leva alguns juristas a concluir que existem formas diversas de exercício da jurisdição. José Maria Rosa Tesheiner e Rodrigo Azambuja da Cunha, aliás, defendem a existência de uma jurisdição em sentido clássico, declaratória de direitos subjetivos e uma outra jurisdição voltada aos processos objetivos, materialmente legislativa¹⁸⁰.

2.3.4 Ainda sobre a função legislativa do Poder Judiciário: a consagração do chamado sistema-modelo no ordenamento processual brasileiro

Como se disse no tópico acima, no campo do controle concentrado de constitucionalidade, a abstração é total, limitando-se o tribunal a analisar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a ordem constitucional, sem referência a casos concretos.

O que se observa, no entanto, é que o sistema jurídico, cada vez mais, tem criado instrumentos jurídicos com potencial para conduzir a atividade judicial a um grau de abstração comparável ao da atividade legislativa.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos (CPC, arts. 1.036 a 1.041). O tribunal de origem, atentando para os casos com os melhores subsídios e argumentos que revelem a amplitude ou importância da matéria a ser apreciada¹⁸¹, selecionará 02 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

Os recursos selecionados serão regularmente processados, amplamente discutidos – inclusive com a possibilidade de participação do *amicus curiae* e de realização de audiências públicas¹⁸² –, e, ao final, sobrevirá a decisão. Na verdade, em

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

¹⁸⁰ TESHEINER, José Maria; AZAMBUJA DA CUNHA, Rodrigo. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 9, out.-dez/2009, p. 125.

¹⁸¹ A seleção dos melhores casos envolvendo o cotejo de argumentos favoráveis e contrários em prol da tese discutida facilitará a tarefa de fundamentação exigida do Tribunal, na linha sugerida pelo Enunciado nº 305 do Forum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”.

¹⁸² CPC, art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e

casos tais, serão tomadas duas providências, a saber: além de julgar os recursos que serviram como representativos da controvérsia, o STF ou o STJ tratará de fixar a tese jurídica que será aplicada a outros casos idênticos.

É por isso que se diz que o sistema jurídico brasileiro, adotou o chamado sistema da causa-piloto. O sistema da causa piloto difere do chamado sistema da causa-modelo. Leonardo Carneiro da Cunha estabelece a distinção entre os dois sistemas:

Há dois sistemas de resolução de causas repetitivas: a) o da causa-piloto e b) o da causa-modelo. No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Já na causa-modelo, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada¹⁸³.

O chamado sistema da causa-piloto, adotado como regra geral no direito brasileiro¹⁸⁴, se caracteriza justamente pela unidade de processo e julgamento: o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum (tese jurídica), mas também todas as demais questões, resolvendo o caso por completo. Em seguida, reaplica a *ratio decidendi* aos casos similares¹⁸⁵. No sistema da causa piloto, portanto, a decisão apresentada pelo órgão judicial tem dois itens importantes: a fixação do precedente (tese jurídica) e o julgamento da causa.

Não é diferente com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): o Tribunal de segundo grau, incumbido primeiramente de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica que será aplicada a outros casos similares, nos termos do art. 978 do CPC/2015¹⁸⁶, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento. Regra assemelhada existe para o incidente de resolução de demandas repetitivas: CPC, art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

¹⁸³ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 215.

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 216.

¹⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1417; CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**: São Paulo, n. 147, 123-146, mai./2007. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**: São Paulo, n. 231, 201-223, maio/2014.

¹⁸⁶ CPC/2015, art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado

É preciso consignar, por oportuno, que tanto nos casos de recursos extraordinário e especial repetitivos, bem assim no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, a competência dos tribunais para fixação da tese se abre por força de um caso concreto e, mais, a decisão a ser tomada, embora possa ser utilizada como padrão decisório para outros casos idênticos, servirá imediatamente para resolvê-lo.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, afirma que, nesses casos, existe manifestação do poder jurisdicional, pois a interpretação do Direito, embora por vezes feita em tese, “tem em vista a eliminação do conflito de interesses”¹⁸⁷, sendo essa, ao lado da aplicação do direito objetivo, a função primordial da jurisdição. Apesar de não discordar do entendimento acima defendido, Heitor Vitor Mendonça Sica é assertivo ao sustentar:

[...] não se pode negar que a atividade judicial de fixação de interpretação de normas jurídicas cumpre finalidade que transcende a composição dos litígios que já eclodiram e foram submetidos ao Poder Judiciário, que passa a estabelecer preceitos legais e abstratos a serem observados por todos os sujeitos, aproximando-se da lei (a súmula vinculante constituía mais eloquente demonstração dessa realidade). Aliás, acha-se hoje bastante disseminado o entendimento de que, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, a função de uniformizar o entendimento sobre determinada questão jurídica seria mais importante que o julgamento do litígio concreto em que a questão foi suscitada¹⁸⁸.

Porém, em nítida demonstração de que a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário tem alcançado um grau comparável ao da função legislativa, o Código de Processo Civil consagrou, expressamente, a possibilidade de o tribunal se ocupar apenas a fixar a tese jurídica, sem que se julgue qualquer caso concreto.

Trata-se da consagração, no ordenamento jurídico pátrio, do chamado sistema-modelo, através do qual o tribunal só se limita a definir a tese, firmando o precedente, sem julgar qualquer causa, recurso ou reexame necessário. Noutro dizer, o órgão julgador aprecia somente as questões comuns, seguido de incorporação da decisão aos processos sem que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo-se aos demais órgãos jurisdicionais a solução de todas as questões específicas de cada caso.

incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

¹⁸⁷ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A interpretação do direito em tese e a atividade jurisdicional. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 110, p. 25, mai. 2012.

¹⁸⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 438 (nota de rodapé).

Uma dessas disposições está prevista no parágrafo único do art. 998 do CPC, segundo o qual: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

Mesmo havendo desistência do recurso no caso acima assinalado, o Poder Judiciário irá fixar a tese jurídica, que será aplicada a outros casos similares.

O art. 976, § 1º do CPC, previsto no capítulo destinado ao incidente de resolução de demandas repetitivas, também consagra a mesma lógica, ao prever que “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.

Mesmo havendo desistência do processo de onde se extraiu o incidente de resolução de demandas repetitivas, o Poder Judiciário irá fixar a tese jurídica, que será aplicada a outros casos similares.

Nesses dois casos, portanto, está-se diante do sistema de causa-modelo¹⁸⁹. Tendo, assim, havido desistência ou abandono do caso-piloto (CPC, arts. 998, parágrafo único e 976, §1º), o tribunal, no julgamento de casos repetitivos, se limitará a fixar a tese jurídica, que será aplicável aos processos pendentes e futuros.

Sofia Temer, em estudo alentado a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁹⁰, ao tratar especificamente da atividade exercida pelo Poder Judiciário em decorrência da aplicação do art. 976, § 1º do CPC, é assertiva ao sustentar

¹⁸⁹ Para melhor compreensão dos casos, cumpre transcrever lição de Fredie Didier Jr. e de Leonardo Carneiro da Cunha, que descrevem o procedimento para julgamento de casos repetitivos: “Quando se seleciona um caso para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado e não se confunde com o procedimento principal originário ou recursal. Passa, então, a haver, ao lado do processo originário ou do recurso (inclusive a remessa necessária), um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o do processo originário ou do recurso, que é o procedimento principal, destinado a resolver a questão individual da parte; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada, que haverá de ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais (art. 927, III, CPC) e que repercutirá na análise dos demais processos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição objetiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em processos de controle concentrado de constitucionalidade. O objeto desse incidente é a *fixação de uma tese jurídica* geral. Quando o autor ou recorrente, num caso como esse, desiste da ação ou do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento relativo a uma dessas demandas. Tal desistência, todavia, não atinge o segundo procedimento, instaurado para definição da tese a ser adotada pelo tribunal. Em suma, a desistência não impede o julgamento, com a definição da tese a ser adotada pelo tribunal, mas tal julgamento não atinge o autor ou o recorrente que desistiu, servindo, apenas, para estabelecer o entendimento do tribunal, a influenciar e repercutir nos outros processos pendentes e futuros. Nessa hipótese de desistência ou abandono, o julgamento do IRDR ou do recurso repetitivo configura uma causa-modelo. Abstraída essa hipótese, o que se tem é uma causa-piloto, com julgamento do caso”. DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. 2016, p. 596.

¹⁹⁰ SOFIA TEMER. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

que, nesse caso, a função desenvolvida pelo Poder Judiciário assume outro caráter, distinto da sua atividade jurisdicional típica. E arremata afirmando que “A autonomia no caso de desistência é um dos elementos que aproxima o IRDR dos meios processuais destinados a tutelar preponderantemente o direito objetivo”¹⁹¹. Antonio do Passo Cabral, sobre o ponto, também é magistral:

Aqui, o que se vê é uma objetivação da jurisdição, para usarmos o termo popularizado no controle abstrato de constitucionalidade, i. e., no exercício de jurisdição fora de qualquer conflito subjetivo concreto [...]. Haverá, como regra, decisão não apenas da questão comum, mas também do caso concreto afetado para instrução do procedimento. A exceção será o prosseguimento do IRDR quando tiver havido desistência, quando então se seguirá o padrão do procedimento-modelo, assumindo um caráter objetivo, afastado de fatos concretos e alegações de direitos subjetivos específicos.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não só atuará quando estiver a se debruçar sobre um caso concreto. Em algumas circunstâncias, o órgão judicial não irá atuar com base em qualquer situação concretamente deduzida.

Cuidará, nesses casos, de somente fixar uma tese jurídica, sem julgar qualquer recurso, reexame necessário ou ação de competência originária. Fixará a tese somente, a qual servirá como padrão decisório, a ser aplicado em outros casos pendentes e futuros. Tem-se que sua atividade, em situações tais, se equipara à atividade legislativa, que cuida de situações abstratas.

¹⁹¹ Ainda esclarece a processualista que: “O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu como substrato demonstra que no momento da instauração o incidente ‘descola-se’ do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica”. SOFIA TEMER. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 78/79.

CAPÍTULO 3

A NATUREZA JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM E OS PONTOS DE CONTATO ENTRE JURISDIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

A tradição, que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, em particular do Poder Judiciário, se encontra atualmente superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional pode ser exercida por entes privados.

O reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, além de corroborar a ideia de que a função jurisdicional não se confina nas vias judiciárias, conforme já demonstrado no capítulo 2, também demonstra que o Poder Judiciário não é o único centro de resolução de conflitos, e, mais, que o *locus* de preocupação deve se voltar para a busca de formas adequadas de resolução de disputas, de modo a se obter a tutela jurisdicional adequada¹⁹².

Cuida-se de destacar, ainda no presente capítulo, que o cenário atual impõe uma relação cooperativa entre o Poder Judiciário e o árbitro. O respeito às regras atributivas de competências é fundamental para o adequado funcionamento do sistema arbitral. Além de não poder interferir diretamente no processo arbitral e na opção das partes, que resolveram submeter a questão à jurisdição privada, é vedado ao Poder Judiciário fazer qualquer investida para revisar o mérito do quanto decidido na arbitragem, substituindo, pelo seu entendimento, o que já fora decidido ou determinado pelo árbitro.

Considera-se essa análise relevante, pois se entende que uma lógica idêntica pode ser aplicada numa relação cooperativa a ser estabelecida entre o Poder Judiciário e órgãos administrativos, quando estes estiverem a exercer a função jurisdicional, até

¹⁹² Apesar de defender que toda tutela jurisdicional traduz uma manifestação de serviço judiciário – entendimento com o qual não se concorda, já que se admite o exercício da função jurisdicional por outros órgãos não vinculados à estrutura judiciária – o doutrinador João Batista Lopes, afiançado na doutrina de Flávio Luiz Yarshell, estabelece o conceito de tutela jurisdicional, que se encaixa ao que está a se defender no presente trabalho. Eis as suas palavras: “A tutela jurisdicional tem relação com a qualidade da atividade jurisdicional e com os fins do processo”. LOPES, João Batista. Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 508.

mesmo em razão da concepção contemporânea do princípio da separação de poderes, que prevê a cooperação entre órgãos estatais (item 2.2.3.).

Considerando que alguns dos argumentos, favoráveis ou desfavoráveis à natureza jurisdicional da arbitragem, também podem servir para a discussão acerca da possibilidade de exercício jurisdicional por órgãos administrativos, se aproveita, ainda no presente capítulo, para tratar de uma antiga discussão, até hoje não solvida em sede doutrinária, relacionada à distinção entre jurisdição e administração.

O propósito é demonstrar que, rigorosamente, não há uma diferença ontológica entre jurisdição e administração. Na verdade, em alguns casos, o que se verifica é um genuíno paralelismo entre esses dois universos; o que faz com que o foco se desloque para a ideia de tutela jurisdicional adequada e não permaneça voltado para a clássica – e superada – distinção entre jurisdição e da administração.

Considerando que a jurisdição não é monopólio do estado, mas pode ser prestada por entes privados; considerando também que o Poder Judiciário não é o centro único de resolução de conflitos, existindo outras formas adequadas de solução de controvérsias; considerando, ainda, que não há uma diferença ontológica entre administração e jurisdição, mas que, na verdade, é possível se vislumbrar um genuíno paralelismo entre esses dois universos, fica fortalecida a hipótese defendida no presente trabalho, no sentido de que outros órgãos administrativos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, exercem a função jurisdicional, e que, por isso, reunindo algumas características necessárias, não devem ter suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário, sobretudo aquelas que exigem *expertise* no seu trato.

3.1 A completa superação da ideia de que a jurisdição é monopólio estatal

Apesar do entendimento de alguma doutrina, que ainda permanece empenhada em defender a jurisdição como monopólio do Estado¹⁹³, não há mais razão para negar a

¹⁹³ “Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado”. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30. Também não reconhecendo a arbitragem como jurisdição: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 152. Reconhecendo a arbitragem como um “equivalente jurisdicional”, conferir: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 132.

natureza jurisdicional da arbitragem¹⁹⁴. A função jurisdicional também pode ser exercida por entes privados.

Após a formação do Estado Liberal, que declaradamente recepcionou o princípio da separação de poderes¹⁹⁵, generalizou-se o paradigma de que a jurisdição corresponderia a uma das funções do Estado¹⁹⁶. A ideia de exercício da função jurisdicional monopolizada e concentrada no Poder Judiciário foi, por assim dizer, um reflexo da rigidez do princípio dos poderes separados.

Mas é preciso que se diga mais. A ideia de jurisdição como monopólio estatal ficou ainda mais fortalecida em razão dos estudos do direito processual. De fato, embora a definição dos contornos teóricos acerca da ideia de jurisdição remonte à gênese da concepção da tripartição de funções estatais, cunhada em meados do século XVIII, é fora de dúvida que os processualistas do final do século XIX e meados do século XX, aprimoraram o conceito de jurisdição, a reboque do desenvolvimento do conceito de processo¹⁹⁷.

A partir da segunda metade do século XIX, na Alemanha, Oskar Von Bülow publica o livro intitulado “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” (*Die lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), considerado como a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o

¹⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 79; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 172; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 454; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**: São Paulo, n. 106, p. 190, jul. 2002; GONÇALVES NETO, Francisco. Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 206, jul./set.2003. Na jurisprudência, considerando a arbitragem jurisdição: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Conflito de competência nº 111.230-DF. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Decisão por maioria. Brasília, 08.05.2013. DJ de 03.04.2014. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016. Ainda há outro julgado do STJ no mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Conflito de competência nº 146.939/PA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Decisão unânime. Brasília, 23.11.2016. DJ de 30.11.2016. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹⁹⁵ Eis o que estabelecia o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “a sociedade em que não estiverem garantidos os direitos fundamentais e a separação de poderes, não tem Constituição”.

¹⁹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**. Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 65.

¹⁹⁷ Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 433.

nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira escola sistemática do direito processual¹⁹⁸.

Além de caracterizar o processo como relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes, Oscar Von Bülow, buscou fundamentar a separação entre direito material e processo a partir da existência de requisitos próprios de formação e desenvolvimento válido do processo, os chamados pressupostos processuais¹⁹⁹. Com base nessa diferenciação, o jurista alemão extraiu a seguinte conclusão: pode existir o processo ainda que não exista o direito material posto em juízo; pode existir o direito material posto em juízo ainda que não exista o processo. Estabeleceu-se, assim, a independência e autonomia do direito processual em relação ao direito material²⁰⁰.

Se a formação da processualística é alemã, seu posterior desenvolvimento e difusão constituem obra da ciência italiana²⁰¹. Com efeito, “o direito processual civil, notadamente com Giuseppe Chiovenda, adquiriu foros de ciência, merecedora da atenção dos juristas eminentes”²⁰². Giuseppe Chiovenda, talvez o mais influente processualista italiano do século XX²⁰³ e grande responsável pela chamada guinada à cientificidade sistemática na processualística italiana²⁰⁴, é justamente o elemento que liga a cultura

¹⁹⁸ Antes de Bülow, a doutrina já esboçava a compreensão do processo como relação jurídica. Com efeito, a ideia de que o processo é uma relação jurídica veio de Hegel, sendo lembrada mais tarde por Bethmann-Holweg, para só então ser trabalhado por Bülow. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 3, p. 435.

¹⁹⁹ “Com a obra de Bulow e a autonomia do direito processual, inicia-se uma outra fase metodológica, o conceitualismo ou processualismo, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países). A nova empresa volta-se para a acentuação da separação entre direito material e processo e para a construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo se separa definitivamente do direito material”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

²⁰⁰ A Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, de autoria de Oscar Von Bülow, é considerada a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira escola sistemática do direito processual civil. Anote-se, porém, que antes de Bülow, a doutrina já esboçava a compreensão do processo como relação jurídica. Com efeito, a ideia de que o processo é uma relação jurídica veio de Hegel, sendo lembrada mais tarde por Bethmann-Holweg, para só então ser trabalhado por Bülow. Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 3, p. 435.

²⁰¹ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 183, mai. 2010, p. 170.

²⁰² PRATA, Edson. Jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 27, p. 47, 3º bim. 1981.

²⁰³ BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **História do processo**. Romanismo e pandectismo nas teorizações da ação. Belo Horizonte: Líder, 2009, p. 19.

²⁰⁴ Idem, ibidem, p. 38.

jurídica alemã com a italiana, encampando o programa científico alemão e levando-o à Itália²⁰⁵.

Giuseppe Chiovenda, nesse contexto, era um dos juristas que estava desafiado a afirmar a total separação do direito processual em relação ao direito material. Os estudos da doutrina germânica, cuja elaboração de conceitos serviu de ponto de partida para Giuseppe Chiovenda, e, igualmente, para outros teóricos italianos, alteraram o foco de atenção do fenômeno processual, acenando para seu caráter publicístico. A preocupação de construção sistemática dos institutos processuais e, mais, a concepção do processo como relação jurídica, tal como sistematizada pelo alemão Oscar Von Bulow, fizeram com que o processo deixasse de ser mero procedimento, ganhando autonomia em relação ao direito material.

Justamente por ter sido marcada pela ânsia de fortalecer os conceitos e desenvolver cientificamente várias categorias processuais – dada a necessidade de deixar bem evidenciada a autonomia do direito processual – é que essa fase metodológica do processo foi denominada de processualismo, cientificismo, conceitualismo ou autonomismo²⁰⁶. O desenvolvimento e aprimoramento das primeiras teorias sobre a jurisdição ocorreu justamente durante a fase do chamado processualismo científico²⁰⁷, período em que o processo civil, repita-se, firmava-se como ciência autônoma²⁰⁸.

A ideia do processo como relação de direito público reforçou-se e disso derivou uma nova concepção quanto ao papel do órgão judicial que, desempenhando uma função estatal, ganhou em importância. A propósito, afirmava Giuseppe Chiovenda:

[...] a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado. A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere-se três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental* (ou *administrativa*) e a *jurisdicional*. Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que,

²⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 183, mai. 2010, p. 170-171.

²⁰⁶ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 88.

²⁰⁷ “Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, que que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p. 48.

²⁰⁸ FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 142.

no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também”²⁰⁹

Francesco Carnelutti também foi um dos mais renomados processualistas do século XX e talvez tenha sido, em sua época, quem mais tenha estudado o tema da jurisdição e a atuação dos juízes no Estado de Direito²¹⁰. Aliás, a doutrina de Francesco Carnelutti, assim como a de Chiovenda teve – e continua a ter – uma influência particularmente notável na obra dos estudiosos que o sucederam²¹¹. O jurista italiano defendia que a arbitragem não encerrava genuíno exercício da jurisdição, consistindo, na verdade, num **sucedâneo da jurisdição**, um **equivalente do processo civil** ou um *surrogato processuale*²¹². Foi essa a orientação que prevaleceu por mais de um século: a arbitragem não consistia em exercício da jurisdição.

De se lembrar, por oportuno, que toda essa compreensão acerca da jurisdição como função monopolizada pelo estado, desenvolvida pelo processualismo italiano, perdurou até pouco tempo no Brasil, sobretudo por influência de Enrico Tullio Liebman.

Com efeito, se a conexão entre a doutrina alemã do final do século XIX e a doutrina italiana da primeira metade do século XX ocorreu por causa de Giuseppe Chiovenda, a ligação da doutrina brasileira com o processualismo europeu, notadamente italiano, aconteceu pela presença de Enrico Tullio Liebman no Brasil²¹³. Trata-se de fato de fundamental importância para o direito brasileiro²¹⁴. Foi através de Liebman que, no Brasil, desenvolveu-se uma Escola, a chamada Escola Paulista de Processo²¹⁵, no seio da

²⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 9. E assim também colhe em outro escrito do jurista italiano: *A iurisdictio é pois função pública: não é profissão, nem prerrogativa ou direito do juiz, de natureza pessoal e patrimonial, nem mera atividade lógica, mas sim poder público, derivado da soberania e exclusivamente dela, império exercido como um dever de representação do Estado por órgãos seus, intransmissível e indelegável [...]. Passaram-se por mais de mil anos, após o estabelecimento das instituições germânicas e feudais, para que com o princípio proclamado pela revolução francesa, de que a jurisdição reside exclusivamente na soberania, retornasse à distinção o conceito romano*”. CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. **Revista Forense**. São Paulo, vol. LXXVIII, Ano XXXVI, fascículo 430, abr. 1939, p. 459.

²¹⁰ DUTRA, Leonardo Campos Victor. Breves lições sobre jurisdição, processo e ação em Francesco Carnelutti. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas** Serro, n. 10, ago./dez. 2014, p. 36

²¹¹ RIBEIRO DE OLIVEIRA, Eduardo. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 18, p. 77-78, 2º tri. 1979.

²¹² CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. I, 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 61 ss.

²¹³ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 183, mai. 2010, p. 173.

²¹⁴ ROSA, Eliezer. **Capítulos de História de Direito Processual Civil Brasileiro**. Cadernos de processo civil – 3. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1975, p. 20.

²¹⁵ “Quando se fala na Escola Processual de São Paulo, que verdadeiramente constitui hoje uma linha metodológica brasileira em direito processual, as lembranças convergem àquele que, durante os anos

qual floresceram grandes processualistas. Enrico Tullio Liebman é o responsável por fundar a ciência processual brasileira²¹⁶. É por isso que se dizia que só se poderia pensar no Direito Processual pátrio antes e depois da chegada de Enrico Tullio Liebman²¹⁷

Enrico Tullio Liebman chegou ao Brasil junto com a entrada em vigor do CPC de 1939, tendo se instalado em solo nacional diante das agitações que sofria a Itália por conta do clima da Segunda Guerra Mundial. Na Universidade de São Paulo, formou grupo de estudos com seletos alunos, dentre eles Alfredo Buzaid, mentor do CPC/1973, também chamado de Código Buzaid²¹⁸.

Foi, portanto, a partir das lições de Liebman na Universidade de São Paulo, que o processo civil se desenvolveu no Brasil, sob forte influência do arcabouço teórico da doutrina italiana. Não é sem razão que se afirma que o “Código Buzaid representa a adoção dos conceitos e institutos desenvolvidos pela doutrina italiana”²¹⁹.

E não era nada velado. O próprio Alfredo Buzaid, em trabalho específico²²⁰, declaradamente, reconheceu a influência de Liebman para a elaboração do CPC de 1973, chegando mesmo a afirmar: “Este Código de Processo Civil é um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa”²²¹.

Todo esse cenário concorreu para que, no Brasil, perdurasse, por muito tempo, a ideia de que a jurisdição era monopólio estatal, e, mais, prestada pelo Poder Judiciário. Ademais, considerando que as teorizações acerca da jurisdição foram formuladas e

difíceis da Segunda Guerra, veio a trazer ao Brasil e aqui soube conduzir um movimento de atualização da nossa processualística, segundo os princípios jurídico-científicos revelados na revolução operada a partir da obra de Oscar Von Bülow e ao longo das históricas lições de Giuseppe Chiovenda. Portador de invejável lastro cultural, histórico e humanístico, soube Liebman também assimilar a cultura de nossos antepassados brasileiros e lusitanos, para imprimir a seus escritos e lições o cunho de uma extremada fidelidade às tradições do direito deste país; quem hoje se dedica ao estudo do direito processual no Brasil recebe lições que são o amálgama feliz da elaboração dos institutos luso-brasileiros à luz dos mais prestigiosos progressos da ciência processual européia. Por isso é que legitimamente vem Liebman sendo proclamado com o pai da Escola Processual de São Paulo”. DINARMARCO, Cândido Rangel. Uma carinhosa mensagem de Enrico Tullio Liebman. In: LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 7-8.

²¹⁶ ROSA, Eliezer. **Capítulos de História de Direito Processual Civil Brasileiro**. Cadernos de processo civil – 3. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1975, p. 25-26.

²¹⁷ JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 111.

²¹⁸ O Código de Processo Civil de 1973 teve vigência até o dia 17 de março de 2016, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015.

²¹⁹ FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 140.

²²⁰ BUZAI, Alfredo. A influência de Liebman no Direito Processual Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 27, p. 12-26, jul./dez. 1982.

²²¹ Idem, ibidem, p. 24.

aprimoradas pelos juristas italianos durante a fase metodológica conhecida como processualismo científico, período em que o processo civil firmava-se como ciência autônoma, destacado do direito material²²², não podia ser outro o resultado: o processo acabou sendo associado à esfera judicial, e, como tal, *locus* próprio para resolução de conflitos. É daí que se explica o mau vazo de alguns operadores que ainda permanecem fazendo a correspondência imediata entre jurisdição, Poder Judiciário, processo judicial e solução de conflitos, como se todos fossem institutos indissociáveis.

Como se disse, é do passado a crença em um monopólio estatal da jurisdição²²³. A jurisdição pode, portanto, ser exercida por entes privados.

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei nº 9.307/96. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei nº 9.307/96, compreende tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. O impulso da arbitragem é determinado pela vontade das partes, pela análise de suas vantagens e adequação. A escolha da arbitragem implica um desejo das partes de não se submeterem ao Poder Judiciário.

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição de arbitragem, tendo assim já reconhecido o Supremo Tribunal Federal (item 5.2.1.). Trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. A Emenda Constitucional nº 45/2004, inclusive, consagrou a arbitragem no âmbito trabalhista em nível constitucional, nos termos do art. 114, §§1º 1º e 2º²²⁴.

O exercício da jurisdição por juízes privados não retira – mas muito pelo contrário impõe – a estrita observância a todas as garantias básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal). Não é demais dizer que a arbitragem decorre de um contrato, porém, se desenvolve em um processo. É exatamente aqui que reside o ponto.

Conforme será melhor analisado adiante (capítulo 4), o instituto processo ganhou sentido muito mais amplo do que sua vinculação exclusiva à forma de atuação do

²²² FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 142.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 454.

²²⁴ CRFB/88, art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Poder Judiciário²²⁵. A noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica também na Administração Pública e em outras formas de exercício do poder, mesmo em instituições eminentemente privadas. Tem-se, assim, o processo arbitral: o árbitro deve respeitar todas as garantias do *due process of law*, sob pena de invalidade da sua decisão.

É importante consignar, ainda, que o CPC/2015, primeiro diploma processual editado sob a égide da Constituição de 1988, e, portanto, inserido num Estado Constitucional²²⁶, supera completamente a concepção que permaneceu arraigada durante muito tempo no Brasil, inclusive no CPC/1973, no sentido de que a jurisdição seria monopólio estatal.

Apesar de prever, no seu art. 16, que a jurisdição civil “é exercida pelos juízes e pelos tribunais” – o que poderia levar à errônea compreensão de que a jurisdição seria monopólio estatal – o CPC/2015, interpretado sistematicamente, não deixa dúvida de que a arbitragem ostenta natureza jurisdicional. A propósito, como já assinalado (item 1.3.), o art. 3º do CPC/2015 previu, ao lado do princípio da inafastabilidade, a figura da arbitragem, além de outras formas integradas de resolução de conflitos²²⁷.

²²⁵ Nesse sentido: ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 175.

²²⁶ Quando ainda não havia entrado em vigor o CPC/2015, Leonardo Carneiro da Cunha assinalou que: “O novo CPC, a ser editado em breve, insere-se nesse contexto, devendo refletir os valores e os fundamentos do Estado Constitucional. O Estado Constitucional é, a um só tempo, Estado de Direito e Estado Democrático. Nos termos do art. 1.º da CF/1988, ‘A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)’. O texto constitucional brasileiro atualmente em vigor reconhece a existência de um Estado Constitucional, ao afirmar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. O Estado Constitucional é um Estado com qualidades. É um Estado Constitucional Democrático de Direito. Há, nele, duas grandes qualidades: Estado de Direito e Estado Democrático. O Estado de Direito caracteriza-se pela submissão do Estado ao ordenamento jurídico com a finalidade de garantir segurança a seus cidadãos. Por sua vez, a principal característica do Estado Democrático, sem embargo do pluralismo político, está na prévia participação de todos”. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 209, p. 351-352, jul. 2012.

²²⁷ “Há de se salientar, também, que a sistemática do CPC favorece uma compreensão menos estatista da função jurisdicional do que aquela que predomina no pensamento jurídico brasileiro. Com efeito, ainda que o artigo comentado faça referência ao exercício da jurisdição por ‘juízes e tribunais’, a nova ordenança processual civil confere significativo destaque às assim chamadas ‘formas alternativas de solução de conflitos’, tratando delas logo no Livro I da chamada Parte Geral, notadamente em seu art. 3º, §§ 1.º e 3.º. Esse tipo de conformação legislativa merece destaque e representa, certamente, uma significativa mudança de rota na tradicional cultura processual brasileira, uma vez que favorece a compreensão de que a atividade jurisdicional não precisa ser pensada apenas no arco de influência da soberania do Estado (neste último aspecto, só haveria jurisdição onde houvesse Estado, correntemente representado como Estado = Juiz).” MOTTA, Francisco José Borges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Comentários aos arts. 16 a 20. In: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

De qualquer forma, a longa tradição da jurisdição estatal monopolizada acabou generalizando a referência à arbitragem como um meio **alternativo** de solução de conflitos e não como um meio primário.

Essa compreensão, entretanto, conforme já analisado (item 1.2.), está superada, presa que está a valores e comportamentos resistentes às novas propostas, as quais sinalizam para novos paradigmas e novas formas de recepcionar e resolver conflitos de modo menos impactante, menos oneroso, mas efetivo, adequado e duradouro.

Com efeito, a arbitragem é uma forma adequada de resolução de controvérsia. As partes, com renúncia ao caminho representado pelo recurso à jurisdição estatal, através da arbitragem, buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial – porque não feita pelas partes diretamente – do litígio. O processo será instruído e, de forma imparcial, o terceiro sentenciará qual parte tem razão no conflito instaurado. Trata-se de modalidade de resolução de conflitos pela heterocomposição, mediante via diversa daquela monopolizada pelo Estado, cuja decisão ostenta a mesma força da proferida pelo Poder Judiciário²²⁸.

Eis, então, uma outra premissa: atualmente, aceita-se, com tranquilidade, o exercício da função jurisdicional por entes privados. Considera-se a arbitragem como um meio adequado de resolução de conflitos.

Nesse sentido, mais um elemento que abre caminho para a reflexão acerca da possibilidade de outros órgãos administrativos serem mais adequados para julgar determinados conflitos, sobretudo porque detêm mais *expertise* para o trato de algumas matérias. Sendo assim, não deveriam ter suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário, em razão do permissivo constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. O julgamento por órgãos administrativos pode ser tão importante socialmente quanto aquele que seria levado a efeito pelo Poder Judiciário.

3.2 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à natureza jurisdicional da arbitragem

Conforme analisado no item anterior, enquanto alguns doutrinadores, por ainda permanecerem ligados à ideia clássica de jurisdição monopolizada pelo Estado, afastam

²²⁸ A Lei nº 9.307/96, é clara ao dispor, no seu art. 31, que “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. O CPC, no seu art. 515, VII, prevê que a sentença arbitral constitui um título executivo judicial.

a natureza jurisdicional da arbitragem; outra parte da doutrina, que tem se revelado majoritária, sustenta que a arbitragem encerra um genuíno exercício do poder jurisdicional. São vários os fundamentos utilizados, tanto por uma quanto por outra corrente.

Cumprido, então, destacar e analisar cada um desses argumentos, sobretudo porque essa investigação será de suma importância para o objeto central do presente trabalho. De fato, guardadas as devidas proporções, parece certo reconhecer que a linha retórica aqui desenvolvida, seja favorável ou desfavorável à natureza jurisdicional da arbitragem, pode ser facilmente transportada para um outro foro, no caso, para o âmbito da instância administrativa, a ser tratada a seguir (item 3.4.).

Com efeito, considerando que a discussão ora anunciada procura responder se o árbitro, como terceiro que elabora a solução para determinado caso, exerce – ou não – poder jurisdicional, tem-se, por razões óbvias, que parte dos argumentos apresentados a respeito desse questionamento também pode servir para a discussão acerca da possibilidade de exercício jurisdicional por órgãos administrativos. Dito de outro modo: alguns argumentos que são usados para constituir ou desconstituir a natureza jurisdicional da arbitragem, também servem para constituir ou desconstituir a possibilidade do exercício da jurisdição por órgãos administrativos.

Para analisar os argumentos que negam o cariz jurisdicional à arbitragem, parte-se da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, grandes processualistas e representantes dessa corrente doutrinária mais conservadora. Por questões de ordem didática, alinham-se os argumentos sustentados pelos ilustres juristas em sete itens, todos, repita-se, voltados a negar a natureza jurisdicional da arbitragem. São eles:

1) a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implicaria renúncia à jurisdição, tanto assim que essa escolha só poderia ser feita por pessoas capazes e para a tutela de direitos patrimoniais disponíveis²²⁹;

2) a jurisdição só pode ser exercida por uma pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos (CRFB/88, art. 93, I)²³⁰. Não se enquadrando o árbitro nessa condição, não haveria como reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem;

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 152.

²³⁰ Idem, ibidem, p. 153

3) a jurisdição é indelegável; nenhum dos “Poderes” estatais pode delegar os poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição Federal²³¹. Diante da impossibilidade de se delegar o poder jurisdicional, não se pode atribuir à arbitragem cariz jurisdicional;

4) uma das garantias constitucionais do cidadão frente à jurisdição é aquela que lhe confere um juiz natural, devida e legalmente predefinido, o qual também tem garantias e impedimentos, justamente objetivando sua independência e a imparcialidade dos juízes (CF, art. 95, I, II, III, IV, V e parágrafo único)²³²;

5) considerando que o árbitro não tem poder de império, já que não pode executar as suas decisões, não se poderia atribuir natureza jurisdicional à arbitragem;

6) a arbitragem só serve para a tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à classe bastante restrita da população, que pode pagar pelos seus custos e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem²³³;

7) a arbitragem não pode ser considerada jurisdição, já que a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário (como uma das características da jurisdição seria a impossibilidade de revisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional)²³⁴.

Eis, então, sinteticamente, os argumentos de que se vale a doutrina para rechaçar a natureza jurisdicional da arbitragem. Apesar das judiciosas razões esboçadas por um e por outro jurista, cuidar-se-á de demonstrar que a arbitragem é – sim – jurisdição, tendo sido essa a opção acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em primeiro lugar, é preciso que se diga que a arbitragem foi concebida para solucionar problemas. É o que se depreende do art. 1º, da Lei nº 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A solução de conflitos não será dada de qualquer forma, mas orientada a promover uma tutela justa e adequada, apta, portanto, a conceder o acesso à ordem jurídica justa.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 153.

²³² Idem, ibidem, p. 153.

²³³ Idem, ibidem, p. 155.

²³⁴ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

Através da arbitragem, prioriza-se a autonomia da vontade em sede de direitos disponíveis, permitindo que as partes abram mão da tutela jurisdicional estatal (heterocomposição pelo Poder Judiciário), buscando, em sede privada, a solução da controvérsia (heterocomposição extrajudicial).

Há de se dizer, ainda, que o jurisdicionado, ao escolher a arbitragem, não renuncia à jurisdição, mas apenas à jurisdição exercida pelo Poder Judiciário. Conforme ensina Nelson Nery Júnior, ao optarem pela arbitragem, as partes excluem o acesso à via judicial, mas não à jurisdição²³⁵. E arremata o jurista dizendo que “Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhe sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional”²³⁶.

Essa conclusão fica ainda mais patente quando se volta o olhar para uma perspectiva de justiça multiportas, já adotada no Brasil (item 1.2.). Atualmente, conforme também já analisado (item 1.3.), sobretudo com o advento do CPC/2015, é possível se falar em uma atipicidade de meios de solução de conflitos. A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, vinculado aos quadros do Poder Judiciário, não é o único meio adequado para a solução de conflitos.

A resolução de conflitos através do Poder Judiciário é apenas uma – das inúmeras possibilidades existentes – de se ter acesso à justiça, de se exercitar o direito de ação, enfim, de se ter acesso à jurisdição. Não por acaso, o CPC/2015 prevê, no seu art. 3º, que “Não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito”. Ao fazer referência à expressão **apreciação jurisdicional**, o legislador deixa claro que a jurisdição não é prestada somente por órgãos do Poder Judiciário – já que outros entes e órgãos exercem a função jurisdicional.

É exatamente por isso que se irá propor, como conclusão do presente trabalho, uma releitura do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que, interpretado literal e classicamente, permite que toda e qualquer alegação²³⁷, de lesão ou ameaça a direito, seja submetida ao crivo do Poder Judiciário.

²³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo Civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 188.

²³⁶ Idem, ibidem, p. 188.

²³⁷ “Quando a Constituição refere à impossibilidade de exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação jurisdicional quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alagado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato. O direito de ação é o direito à decisão judicial *tout court*”. DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil. **Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 177-178.

Também não prospera o argumento sustentado por Luiz Guilherme Marinoni (referido acima, no número 2), no sentido de que a jurisdição só poderia ser exercida por uma pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos. Reforça o seu entendimento com a conclusão pela indelegabilidade da jurisdição, vindo a falar, ainda, em renúncia, pelos convencionantes, de uma série de garantias.

Dentro dessa discussão, é preciso voltar a lembrar que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Embora configure, para alguns, como hipótese de jurisdição anômala²³⁸, o fato é que, partindo de uma perspectiva mais funcional da separação de poderes, acolhida por prestigiosa doutrina²³⁹, outros órgãos, não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, também exercem função jurisdicional, conforme exaustivamente demonstrado no capítulo 2.

É o que acontece, por exemplo, no caso do processo de *impeachment* (julgamento do Presidente da República e do Vice-Presidente e de ministros de Estado nos crimes de responsabilidade), de competência privativa do Senado Federal, após a admissibilidade da acusação pela Câmara dos Deputados (item 2.3.1.).

De se consignar, ainda, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. O STF, por exemplo, é composto por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada²⁴⁰, os quais são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. A escolha dos ministros do STF, portanto, decorre de uma decisão que cabe ao chefe do Poder Executivo, não havendo qualquer obrigatoriedade de que os ministros tenham se submetido a concurso e sejam provenientes dos quadros da magistratura.

De mais a mais, conforme destacado por Bernardo Silva de Lima²⁴¹, a investidura, apesar de ser tema abordado por boa parte da doutrina processualista

²³⁸ TESHEINER, José Maria; MILHORANZA. Jurisdição, hoje, no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 5, out./dez. 2008, p. 206.

²³⁹ Vide nota de rodapé 137.

²⁴⁰ CRFB/88, art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

²⁴¹ SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 179.

tradicional, ora como princípio²⁴², ora como característica da jurisdição²⁴³, encerra um ato jurídico que faz agregar à esfera jurídica de um sujeito as situações jurídicas inerentes a um determinado cargo a ser por ele ocupado (CRFB/88, art. 37, II). Porém, embora o árbitro não esteja investido em cargo público, detém ele poderes de autoridade. Sobre o ponto, Fredie Didier Jr. é assertivo quando pontua que:

A jurisdição só poderá ser exercida por quem tenha sido regularmente investido nas funções de juiz. Essa investidura pode ocorrer de diversas maneiras: nomeação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, indicação do Governador; nomeação após concurso público; indicação em convenção de arbitragem etc. Sem ter sido investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional²⁴⁴.

Também não parece prosperar a ideia defendida por Luiz Guilherme Marinoni, referida no item 3, de que a arbitragem estaria, em última análise, a ferir o princípio da separação de poderes, sendo certo que a jurisdição seria indelegável, não sendo permitido a nenhum dos “Poderes” delegar os poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição Federal.

Bernardo Silva de Lima²⁴⁵, ao tratar do assunto, reconhece que o poder é, de fato, indelegável. Entretanto, para defender a natureza jurisdicional da arbitragem, o referido processualista assevera que uma coisa é a delegação do poder, outra coisa diversa é a delegação do **exercício** do poder²⁴⁶.

²⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 151; PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88-89.

²⁴³ Fredie Didier Jr. entende que a investidura integra o “conteúdo do princípio do juiz natural: para que possa ser competente, é imprescindível que o ente seja, antes, um órgão jurisdicional”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 183.

²⁴⁴ Idem, ibidem, p. 183.

²⁴⁵ SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 181.

²⁴⁶ “A jurisdição, reflexo da soberania do Estado, não será delegada. Temos que precisar o significado da expressão. Estaremos falando de ‘poder’, ‘atividade’ ou ‘função’, e ao nos referirmos ao termo? Naturalmente, o poder soberano do Estado é indelegável; de outro modo, Estado não será. Contudo, não será possível alar em delegação do exercício do poder? Quando o Poder Legislativo do Estado Brasileiro, em 1996, equiparou a eficácia da decisão arbitral à eficácia da decisão prolatada por juiz (Lei 9.307/96, Art. 31), não terá conferido o exercício do poder jurisdicional a essa figura? Não é a aptidão para a formação da coisa julgada material o melhor critério distintivo da função? Não é o árbitro terceiro imparcial que realiza o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/protegendo situações jurídicas, concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo?” SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS,

Na atualidade, conforme já analisado no capítulo 2, não mais se sustenta uma visão inflexível da separação de poderes. Considerando uma nova roupagem do princípio, contextualizado para a realidade do Estado contemporâneo, a delegação de poderes parece ser mesmo uma tendência.

Basta lembrar, por exemplo, que em nome da eficiência e da prestação de serviços públicos de qualidade à população, o Estado contemporâneo tem delegado atividades tipicamente administrativas à iniciativa privada. Não é sem razão a advertência de Dalmo de Abreu Dallari:

“[...] apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente. Em consequência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da separação de poderes. Entre as tentativas feitas, duas merecem destaque por sua amplitude e pelas consequências que acarretam: *Delegação de poderes*. Recebida de início com muitas reservas e despertando forte resistência, a delegação de poderes, sobretudo a delegação de poder legislativo, foi aos poucos penetrando nas Constituições. Atualmente, superada já a fase de resistência, admite-se como fato normal a delegação, exigindo-se apenas que seja limitada no tempo e quanto ao objeto. Os que ainda temem os efeitos da delegação não a recusam totalmente, sustentando, porém, que certas competências devem ser consideradas indelegáveis²⁴⁷.

Na verdade, o princípio da indelegabilidade pode ser analisado sob duas perspectivas. A primeira, faceta externa da indelegabilidade, significa que o exercício do poder não poderia ser delegado a outros entes ou órgãos fora da estrutura do Poder Judiciário. Entretanto, como já visto no capítulo 2, a própria Constituição, em algumas situações, atribui a função jurisdicional a outros poderes que não seja o Judiciário, no exercício da função atípica²⁴⁸.

Sob a faceta interna, o princípio da indelegabilidade vedaria a possibilidade de o juiz delegar o exercício da função que a lei lhe conferiu para outro órgão jurisdicional. Porém, como será sustentado no próximo item, quando se estiver a destacar os pontos de contato existentes entre jurisdição e administração, há exceções à indelegabilidade da jurisdição. É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de cartas de ordem aos juízes a eles vinculados. Do mesmo modo, permite-se ao STF delegar atribuições para a

Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 181-182.

²⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

²⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2010, p. 30.

prática dos atos processuais relacionados à execução dos seus julgados. O art. 93, I, da CRFB/88 autoriza a delegação da competência do Tribunal Pleno para o órgão especial deste mesmo Tribunal. É preciso lembrar, ainda, a regra do inciso XIV do art. 93 da CRFB/88, que, expressamente, permite a delegação, a serventário da justiça, do poder de praticar atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

Bem por isso, seja pela sua faceta externa, seja pelo seu viés interno, também pelo argumento da indelegabilidade, não parece ter sustentação a doutrina que nega o caráter jurisdicional da arbitragem.

A Lei de Arbitragem, por outro lado, também assegura um juiz imparcial, garantia constitucional aplicável a qualquer tipo de processo, estatal ou não estatal, caindo por terra o argumento do professor Luiz Guilherme Marinoni, articulado no item 4.

Nos termos do seu art. 13, § 6º, a Lei nº 9.307/96 estabelece que “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Deve, ainda, o árbitro, segundo o §1º do art. 14 do mesmo diploma legal, revelar, antes da aceitação da função, “qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”. A Lei nº 9.307/96 ainda remete ao regime de impedimentos e suspeições do CPC as hipóteses configuradoras da imparcialidade do árbitro²⁴⁹.

Não se pode olvidar, ademais, que a imparcialidade do árbitro é fundamento para a desconstituição da sentença arbitral, consoante se verifica do art. 26, VIII c/c art. 21, § 2º, todos da Lei nº 9.307/96. A competência do árbitro, enfim, é delimitada pela convenção de arbitragem, isto significando dizer que “como norma jurídica que é, embora negocial, é a ‘lei prévia’ exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural”²⁵⁰.

Como se vê, quanto à exigência de um terceiro imparcial, a arbitragem não se distancia da jurisdição praticada pelo Estado, em especial pelos órgãos vinculados ao Poder Judiciário.

A circunstância de o árbitro não poder executar suas decisões também não é argumento capaz de afastar a natureza jurisdicional da arbitragem (item 5). O árbitro

²⁴⁹ Lei nº 9.307/96, art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

²⁵⁰ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 172.

decide o litígio, proferindo sentença arbitral, que constitui título executivo judicial, previsto no art. 515, VII do CPC/2015. Não lhe falta poder jurisdicional, mas apenas competência para executar sua própria sentença, devendo os interessados, para tanto, se utilizarem da via judicial.

A bem da verdade, a circunstância de o árbitro não poder executar sua própria decisão – o que, para alguns, afastaria a natureza jurisdicional da arbitragem – não lhe retira a condição de atividade jurisdicional. É que é possível que algum ente ou órgão disponha de poder de autoridade, ainda que seja despojado de poder de *imperium*. De fato, é possível se estabelecer a distinção entre poder de autoridade e poder de coerção²⁵¹. O poder de autoridade não seria sinônimo do poder de coerção, mas instituto mais amplo.

Thomas Clay explica que a noção ampla de *imperium* (que aqui se equipara ao poder de autoridade) remonta ao período republicano em Roma²⁵². O referido autor, no entanto, remete a sua sistematização moderna aos trabalhos realizados por Henrion de Pansey²⁵³. Nesse contexto, o *imperium* teria sido dividido em *imperium militiae* (poder militar) e o *imperium domi* (poder civil). O *imperium domi*, por sua vez, teria sido dividido em *imperium merum* (correspondente ao núcleo duro do poder²⁵⁴) e *imperium mixtum*, indissociável da jurisdição²⁵⁵. É exatamente com base nessa distinção que é possível explicar o porquê de alguns poderes de autoridade serem reconhecidos aos árbitros, enquanto outros não o são.

Trata-se, noutro dizer, de incompetência e não de falta de jurisdição, sendo certo que, ao permitir a arbitragem, a lei atribui ao árbitro apenas a competência para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar da execução penal: o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (Lei nº 7.210/1984, art. 65).

Por outro lado, malgrado a arbitragem só tenha lugar para a tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à classe bastante restrita da população, essa circunstância também não elide a sua natureza jurisdicional, pois não há qualquer impedimento que pessoas economicamente menos favorecidas utilizem a arbitragem

²⁵¹ SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 180. Sobre a distinção, também conferir VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48-50.

²⁵² CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2001, p. 97.

²⁵³ A obra referida pelo autor intitula-se “De l'autorité judiciaire dans le gouvernements monarchiques. Théophile Barrois père”, 2. ed. 1818.

²⁵⁴ CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2001, p. 97.

²⁵⁵ Idem, ibidem, p. 97.

como técnica de solução de seus conflitos. A propósito, até hoje se discute a respeito dos custos para acesso ao Poder Judiciário, tendo sido necessária, inclusive, a edição de uma lei para regulamentar os casos de assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060/50).

Também não é válido o argumento de que a arbitragem não pode ser considerada jurisdição pelo fato de suas decisões serem passíveis de controle pelo Poder Judiciário.

Fredie Didier Jr. refuta esse argumento com precisão cirúrgica:

O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a “outra estrutura”; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controlar a validade da decisão, como já acontece com a competência recursal e a competência para processar e julgar ação rescisória de sentença, que são atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir”.

Por outro lado, o exercício da jurisdição por juízes privados não retira – mas muito pelo contrário impõe – a estrita observância a todas as garantias básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal). O árbitro deve respeitar todas as garantias do devido processo legal, sob pena de invalidade de sua decisão.

Com base no que até então fora articulado, atinente à arbitragem, há de se perguntar qual a incongruência em se admitir que outros órgãos administrativos possam ser mais adequados para julgar determinados conflitos, sobretudo porque detêm mais *expertise* para o trato de algumas matérias. Essa reflexão será mais reforçada com os argumentos trazidos no item a seguir.

3.3 A relação cooperativa entre juízes e árbitros. A possibilidade de aplicação da mesma lógica entre o Poder Judiciário e a Administração Pública

Como já analisado nos dois tópicos precedentes (itens 3.1. e 3.2.), a arbitragem constitui um mecanismo de heterocomposição privado. Um terceiro, no caso, o árbitro, julgará o caso e sua decisão será vinculante para as partes, que, por meio de um contrato, resolveram, voluntariamente, se submeter a essa decisão. A decisão do árbitro se equipara à sentença judicial, constituindo título executivo judicial (Lei nº 9.307/96, art. 31 e CPC/2015, art. 515, VII).

Também como já analisado, o árbitro não possui poderes de *imperium*, não podendo praticar atos constitutivos ou executórios. De igual modo, como a atuação do

árbitro decorre do contrato celebrado entre as partes, não pode ele forçar terceiros a participar do processo arbitral²⁵⁶.

O processo arbitral, portanto, possui mecanismos para desenvolver-se sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Porém, em algumas circunstâncias, as vias judiciais serão acionadas para exercer ora uma função de **apoio** ao processo arbitral, ora um papel de **controle** das decisões e da regularidade do processo arbitral.

De fato, em algumas situações será imprescindível a cooperação do Poder Judiciário para o suporte ao processo arbitral, que pode ocorrer nas fases pré, para ou pós-arbitral.

Imagine-se, por exemplo, que antes mesmo da instalação do processo arbitral, ou seja, antes de o árbitro assumir o encargo de julgar o caso, surja a necessidade da prática de atos e medidas urgentes. O juiz estatal, nesse caso, para não deixar as partes sem ter a quem recorrer pelo fato de o processo arbitral ainda não ter começado, pode conceder medidas urgentes; porém, instalada a arbitragem, o árbitro poderá rever a medida de urgência conferida pelo Poder Judiciário²⁵⁷. Há uma necessidade de se acomodar as competências.

Por outro lado, instalado o processo arbitral, o juiz estatal não pode tomar atitudes interventivas, a menos que seja instado a fazê-lo, seja a requerimento, seja com o consentimento do árbitro. É o que ocorre, por exemplo, quando há necessidade de se efetuar um bloqueio eletrônico de valores; quando se precise expedir um mandado judicial de vistoria, para que o árbitro possa inspecionar determinado galpão industrial, ou, ainda, quando se revele necessário requerer a condução coercitiva de uma testemunha renitente²⁵⁸.

²⁵⁶ “Em relação a terceiros, entretanto, o árbitro não possui poderes para materialmente efetuar qualquer determinação impositiva. Caso seja necessário ouvir uma testemunha no curso do processo arbitral, o árbitro poderá expedir diretamente uma comunicação solicitando o seu comparecimento. Caso a testemunha não compareça para depor, o árbitro poderá solicitar que o juiz determine a condução da testemunha renitente (art. 22, §2º, da Lei de Arbitragem). Não cabe ao juiz analisar a conveniência da oitiva da testemunha ou mesmo indagar a razão pela qual o árbitro pretende ouvi-la. O papel do juiz, nesse caso, é apenas verificar a existência do processo arbitral e determinar o comparecimento da testemunha para que deponha naquele processo”. LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 47.

²⁵⁷ Cabe registrar, por oportuno, que o STJ já admitiu essa possibilidade, tendo determinado, inclusive, a remessa dos autos do processo judicial para julgamento do árbitro. Sobre o tema, conferir: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 19.226/MS. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Decisão por maioria. Brasília, 21.06.2012. DJ de 29.06.2012. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

²⁵⁸ Os exemplos citados são de LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 45.

As hipóteses citadas configuram típicos exemplos de atos que impõem a manifestação do poder de *imperium* estatal ou que atingem a esfera de terceiros não contratantes. O Poder Judiciário, nessas situações, poderá ser provocado para apoiar o processo arbitral, a fim de garantir efetividade das providões e ordens processuais. O juiz estatal deverá cooperar justamente para suprir a impossibilidade do árbitro de compulsoriamente executar suas ordens e decisões. O juiz, no entanto, não pode modificar o que fora determinado na arbitragem.

A propósito, cumpre registrar que o CPC/2015 procurou facilitar a comunicação e o apoio de árbitros e juízes durante o curso do processo arbitral²⁵⁹. Pela chamada carta arbitral, o árbitro requisitará a cooperação do Poder Judiciário para a prática de atos, inclusive para fins de efetivação de medidas de antecipação dos efeitos da tutela.

Por outro lado, após o encerramento do processo arbitral, o Poder Judiciário pode ser instado a **controlar** o processo arbitral. Entretanto, como já destacado, esse controle não é de conteúdo. Não é permitido ao Poder Judiciário rever o mérito da decisão proferida na arbitragem. É possível uma ação anulatória, assim como a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96²⁶⁰.

Em trabalho primoroso sobre a definição da competência do árbitro, João Luiz Lessa Neto explica a necessidade de se estabelecer os limites da intervenção do Poder Judiciário na arbitragem, sendo certo que “Uma atuação exacerbada acabaria por ter um papel destrutivo sobre o processo arbitral. Há um delicado ponto de equilíbrio a ser

²⁵⁹ CPC, art. 237. Será expedida carta: IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

²⁶⁰ Lei nº 9.307/96, art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. § 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

encontrado”²⁶¹, ou, noutro dizer, “Há uma linha tênue entre uma atuação de apoio e cooperação e uma interferência destrutiva do Poder Judiciário para com a arbitragem”²⁶². O referido autor ainda reforça a ideia afirmando que:

“A expressão abuso de processo judicial traduz bem a distorção causada pelo excessivo contencioso judicial ao redor da arbitragem, seja antes, durante ou depois do processo arbitral. A consequência é a perda de foco sobre o conflito e a disputa. A judicialização prematura ou excessiva dos temas arbitrais é, potencialmente, um grande problema. Uma parte recalcitrante agindo de má-fé poderá utilizar uma ação judicial com o objetivo de retardar ou prejudicar o andamento do processo arbitral. Daí a necessidade do respeito pelos juízes das regras definidoras de competências e atribuições. É preciso reconhecer a complementariedade entre o sistema público e o privado de justiça; não há entre juiz e árbitro hierarquia, há divisão de competências e momentos de atuação”²⁶³.

De fato, em todos os casos de intersecção entre a esfera judicial e a esfera arbitral é preciso estabelecer uma divisão de trabalho, de modo a delimitar os limites da intervenção do Poder Judiciário na arbitragem²⁶⁴.

Nesse passo, o respeito às regras atributivas de competências é fundamento para o adequado funcionamento do sistema arbitral. O Poder Judiciário além de não poder interferir diretamente no processo arbitral e na opção das partes (que resolveram submeter a questão à jurisdição privada), revela-se indevida qualquer investida no sentido de revisar o mérito do quanto decidido na arbitragem, substituindo, pelo seu entendimento, o que já fora decidido pelo árbitro.

Sérgio Cabral dos Reis, ao se referir ao ponto, é assertivo ao sustentar que o Poder Judiciário não pode adentrar na substância do julgamento, que deve permanecer incólume, “não comportando censura judicial quanto ao modo como o árbitro apreciou os fatos e provas ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação”²⁶⁵.

Por todos os motivos já articulados, sobretudo os que constam no capítulo 2, defende-se que outros órgãos administrativos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, exercem a função jurisdicional. Conforme será analisado mais adiante,

²⁶¹ LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 37.

²⁶² Idem, *ibidem*, p. 38.

²⁶³ Idem, *ibidem*, p. 39.

²⁶⁴ ALVES, Rafael Francisco. **A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

²⁶⁵ REIS, Sérgio Cabral. Reflexões sobre a arbitragem na perspectiva do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/2010 – Câmara dos Deputados). In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). **Novas tendências do processo civil**. Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 689.

notadamente no capítulo 4, por reunirem algumas características e por terem *expertise* para o trato de algumas matérias muito específicas, entende-se que ditos órgãos não devem ter suas decisões controladas ilimitadamente pelo Poder Judiciário, como atualmente permite o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Nesse sentido, mesmo que não seja permitido à esfera administrativa – assim como não é à arbitragem – a prática de determinados atos, por que não aplicar a lógica que já é desenvolvida no âmbito da arbitragem também na instância administrativa? O fato de não poderem praticar alguns atos, isso não afasta a condição de um órgão administrativo exercer a função jurisdicional. Cabe ao sistema jurídico, em observância ao princípio da separação de poderes, numa feição constitucionalmente adequada, tratar da relação cooperativa entre o Poder Judiciário e a instância administrativa de julgamento.

Não se vê qualquer impedimento nessa interpretação. Se é possível a cooperação entre a jurisdição privada (arbitragem) e a jurisdição estatal, qual a razão de não se permitir a cooperação entre um órgão administrativo, que exerce a função jurisdicional, e o Poder Judiciário? Repita-se: o princípio da separação de poderes, em sua concepção constitucionalmente adequada, longe de proibir, faz mesmo é autorizar a cooperação entre poderes, conforme já analisado no capítulo 2 (item 2.2.3.)

Por outro lado, se um órgão administrativo, por ser mais adequado para tratar de determinadas matérias, profere uma decisão, não se deve, pelo menos com a interpretação defendida no presente trabalho, admitir a interferência ilimitada do quanto decidido na instância administrativa. Também nesse caso, deve-se aplicar a lógica já vigente na arbitragem. Trata-se, portanto, de valorizar outros meios adequados de resolução de controvérsias (no caso, o processo administrativo). O Poder Judiciário, em casos tais, passaria a desempenhar ora uma função de **apoio** ao processo administrativo, ora um papel de **controle** das decisões e da regularidade do quanto decidido na instância administrativa.

Feita essa análise, passa-se, a partir de agora, a examinar alguns argumentos que costumam ser utilizados pela doutrina como capazes de distinguir a jurisdição da administração. Esse enfrentamento tem o propósito de demonstrar que, também aqui, não há um critério firme, capaz de afastar a possibilidade de exercício da jurisdição por órgãos administrativos.

3.4 Não há diferença ontológica entre jurisdição e administração. O reforço com alguns argumentos relacionados à discussão sobre a natureza jurisdicional da arbitragem

Assim como foi feito em relação ao debate acerca da natureza jurisdicional da arbitragem (item 3.2.), cumpre alinhar os argumentos que são normalmente articulados pelos doutrinadores para distinguir a administração da jurisdição. A investigação que ora se pretende estabelecer, embora possa ter algum efeito nesse sentido, não tem o objetivo de firmar o conceito de jurisdição e de administração, de ato administrativo e de ato jurisdicional. Do mesmo modo, não se tem a pretensão de definir as características essenciais de cada um desses institutos.

O propósito, na verdade, é demonstrar que não há uma distinção ontológica entre jurisdição e administração²⁶⁶. O que se deseja destacar, em outras palavras, é que a função jurisdicional, exercida por alguns órgãos administrativos, pode assumir – e muitas vezes assume – a mesma essência da função jurisdicional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário. A chave para essa conclusão está, sobretudo, numa visão mais funcional da separação de poderes.

Com efeito, partindo-se de uma perspectiva funcional da separação de poderes, não há mais razão para se continuar buscando extremar os espaços entre administração, jurisdição e legislação, mas, sim, de olhar para o Estado e observá-lo da maneira mais adequada e eficiente para o desempenho de suas atribuições. Na medida em que se reconhece que todos os órgãos estatais, além de suas funções típicas e tradicionalmente conhecidas, exercem também funções atípicas, fica esmaecida a distinção e os espaços de separação entre jurisdição, legislação e administração. De qualquer forma, não é de hoje que a doutrina procura achar o caminho para distinguir a jurisdição da administração.

Eduardo Couture, ao tratar da distinção entre as funções do Estado, era assertivo ao sustentar que “As interferências entre legislação e jurisdição são, relativamente, de menor importância do que as derivadas dos contatos entre jurisdição e administração”²⁶⁷.

²⁶⁶ Também não se pode falar de distinção absoluta entre Jurisdição e Legislação. Diante do inegável papel criativo conferido à magistratura na atualidade, Mauro Cappelletti afirma inexistir diferença ontológica entre jurisdição e legislação, destacando serem ambos processos de criação do direito. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 26. No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação de poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. *Revista Jurídica*. Rio Grande do Sul, n. 395, p. 79-111, set. 2010.

²⁶⁷ COUTURE, Eduardo. A jurisdição. Tradução: Jacy de Assis. **Revista de Direito Processual**. Uberaba: Forense, n. 10, p. 39, 2º trim. 1977.

Giuseppe Chiovenda, em tempos idos, também já destacava a dificuldade para se estabelecer a diferença entre jurisdição e administração. O jurista italiano considerava tarefa até simplória contrapor legislação e jurisdição²⁶⁸. No entanto, era assertivo ao sustentar que “menos fácil se torna firmar um critério diferencial entre administração e jurisdição, tal que valha para todos os casos: porquanto a administração também se pode contrapor à legislação *como atuação de lei*”²⁶⁹.

Hans Kelsen, a seu turno, sustentava que as funções do Estado, rigorosamente, se reduzem a duas, no caso, a de fazer as leis e a de executá-las. Eis a sua ponderação: “*La tricotomia usual es pues, en el fondo, una dicotomia, es decir, la distinción fundamental entre legis latio y legis executio. La última es subdividida em las funciones judicial e ejecutiva em sentido estricto*”²⁷⁰.

Carlos Roberto Siqueira Castro, também defendendo a existência de apenas duas funções estatais – uma criadora e outra aplicadora do direito – chega mesmo a propor uma retificação à teoria da separação de poderes sistematizada por Montesquieu²⁷¹.

²⁶⁸ Chiovenda dizia, nesse ponto, que enquanto à legislação cabia ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos, à jurisdição cabia atuá-las. É compreensível o fato de Giuseppe Chiovenda afirmar que não encontrava dificuldade em estabelecer a distinção entre jurisdição e legislação. Na época em que construiu sua teoria, prevaleciam os valores vigentes no Estado Liberal. Ao Poder Judiciário só cabia declarar a vontade concreta da lei, sendo-lhe vedada qualquer atividade criativa. Aliás, é célebre a construção teórica do jurista italiano, para quem a jurisdição é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”. Não se tinha dificuldade de separar a atividade criadora da atividade aplicadora. Para Chiovenda, portanto, o verdadeiro poder estatal estava na lei; a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. No entanto, atualmente, mostra-se inadequado assinalar uma atividade puramente declaratória à jurisdição. Essa construção, que acaba por apoucar o papel do juiz, revela-se completamente destoante da realidade atual, onde a jurisdição, longe de declarar o direito, opera também verdadeira criação da ordem jurídica. Nesse sentido, não é insólito dizer, por dedução lógica, que Giuseppe Chiovenda, se hoje construísse sua teoria, certamente destacaria uma dificuldade para estabelecer uma distinção entre legislação e jurisdição, justamente pelo fato de os juízes também exercerem atividade criativa, como destacou Mauro Cappelletti na nota de rodapé 53, supra. Sobre a diferença entre jurisdição e legislação, conferir: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2. p. 3-6.

²⁶⁹ Idem, ibidem, vol. 2, p. 6.

²⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. México: Nacional, 1975, p. 31.

²⁷¹ “Vale reparar, com efeito, que a especialização funcional da soberania em três Poderes distintos e independentes não corresponde a diferenças ontológicas entre as funções ditas legislativa, executiva e judicial. É que, a rigor, o poder estatal exerce-se em apenas duas direções fundamentais, sendo uma no sentido da *criação ou modificação* do direito (*função normativa*) e a outra no sentido da *aplicação do direito* (*função de execução*), que a doutrina norte-americana, com inteira procedência, distingue entre *rule making* e *law enforcement*. Queremos dizer com isso que, em essência, as funções jurisdicionais e administrativas são indistintas, posto que ambas se propõem à aplicação concreta do direito positivo, ou dos princípios e valores dele emergentes, não tendo por finalidade precípua a criação da *norma agendi*, isto em que pese o maior ou menor índice de subjetividade que subjaz a atividade de interpretar e aplicar as regras abstratas ou legisladas. Manifestamos, com isso, nossa adesão à corrente doutrinária que, dessa forma, concebe apenas duas funções essenciais do Estado, sendo uma *criadora* e outra *aplicadora* do direito positivo, em sinal de retificação da clássica teoria tripartite celebrizada por Montesquieu”. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 31, p. 60, abr./jun. 2000.

Especificamente no tocante à distinção existente entre o ato administrativo e ato jurisdicional, Athos Gusmão Carneiro consignava que “apresenta-se tarefa complexa a de buscar teoricamente, em linhas nítidas, os elementos que permitam discernir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo”²⁷².

Houve quem se inclinasse a fazer a distinção entre jurisdição e administração tomando como base um critério orgânico²⁷³, que teria em vista, para classificar o ato, o órgão de onde emanou. Seria, por conseguinte, jurisdicional o ato que proviesse do Poder Judiciário. Um ato, porém, não pode ser caracterizado como jurisdicional pelo simples fato de ter sido praticado por um órgão vinculado ao Poder Judiciário²⁷⁴, bastando lembrar, para corroborar o defendido, do Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa que integra a estrutura do Poder Judiciário²⁷⁵. Todos os atos praticados pelo CNJ ostentam a natureza jurisdicional? A resposta, obviamente, é negativa.

Também não se revela possível estabelecer a distinção entre jurisdição e administração com base na ideia de sanção. Doutrina de nomeada chegou a defender, sem sucesso, que a jurisdição procederia por via de sanções²⁷⁶. A insuficiência do conceito também ressalta desde logo²⁷⁷, sendo certo que a administração também aplica sanções (multas, penas disciplinares aos funcionários, dentre tantas outras).

²⁷² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

²⁷³ CALAMANDREI, Piero. **Insticiones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código**. Tradução espanhola: Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. 1, p. 187.

²⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2, p. 6; JARDIM, Afrânio da Silva. Notas sobre a teoria da jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 46, p. 201, abr./jun. 1987; RIBEIRO DE OLIVEIRA, Eduardo. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 18, p. 71-72, 2º tri. 1979; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

²⁷⁵ “Tal critério [orgânico], sobre cientificamente criticável, é desprovido de qualquer utilidade prática. Leva a classificar diferentemente atos de conteúdo idêntico. Assim, um ato de nomeação de funcionário tanto pode ser praticado pelo Chefe do Executivo como pelos Presidentes do Tribunais ou dos corpos legislativos. Os atos são materialmente idênticos, têm a mesma natureza em qualquer das três hipóteses. Suas características substanciais não se distinguem. Constitui patente absurdo reputar-se o ato em um caso jurisdicional, em outro legislativo e, no terceiro, executivo. Quando os Tribunais elaboram seus regimentos, praticam ato igual, em substância, ao do Legislativo ao fazer as leis. Aproximar o regimento interno da sentença, em lugar de classifica-lo ao lado da lei, é o modo mais superficial de estudá-lo”. RIBEIRO DE OLIVEIRA, Eduardo. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 18, p. 71-72, 2º tri. 1979.

²⁷⁶ Sustentava Enrico Redenti, por exemplo, que a jurisdição seria “*precisamente la funzione di applicare le sanzioni comminate dalle norme giudiche*”. REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**. Milão: Dott A Giuffrè, 1952, vol I, p. 10.

²⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2, p. 10; RIBEIRO DE OLIVEIRA, Eduardo. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 18, p. 74, 2º tri. 1979.

A possibilidade de atuar de ofício é um outro elemento que comumente a doutrina utiliza para estabelecer a diferença entre a jurisdição e a administração²⁷⁸. Nesse sentido, enquanto a jurisdição, para ser exercida, dependeria de prévia iniciativa da parte; a administração atuaria de ofício, tomando a iniciativa de agir na promoção e defesa dos interesses que lhe incumbem. Nesse quesito, há quem sustente que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se vincula de tal maneira que, dificilmente, tem condições de julgar imparcialmente²⁷⁹.

É preciso que se diga, no entanto, que a administração, às vezes, só age quando provocada. É o que ocorre, por exemplo, no caso do registro de marcas e patentes²⁸⁰. Em hipóteses tais, o nascimento do processo administrativo não inicia de ofício, mas ocorre com o recebimento, pelo INPI²⁸¹, do pedido formulado, seja através de procurador (agente ou advogado) ou pelo próprio interessado²⁸².

Há de se lembrar também que, em algumas circunstâncias, a jurisdição é exercida de ofício. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito da Justiça do Trabalho, que permite a instauração *ex officio* da execução, nos termos do art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT²⁸³. O mesmo sucede, por exemplo, nas obrigações de fazer e não fazer no âmbito da esfera cível. O art. 536 do CPC/2015 autoriza que o magistrado determine, de ofício ou a requerimento da parte, as medidas executivas que se revelem necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático

²⁷⁸ ALBUQUERQUE ROCHA, José de. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75-76; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

²⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 149.

²⁸⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Introdução ao Direito Processual Civil**, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64-71.

²⁸¹ “Criado em 1970, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria.

Entre os serviços do INPI, estão os registros de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, programas de computador e topografias de circuitos, as concessões de patentes e as averbações de contratos de franquia e das distintas modalidades de transferência de tecnologia. Na economia do conhecimento, estes direitos se transformam em diferenciais competitivos, estimulando o surgimento constante de novas identidades e soluções técnicas. O INPI conta com uma nova estrutura regimental, que foi estabelecida pelo Decreto nº 8.854, de 22 de setembro de 2016”. Disponível em < <http://www.inpi.gov.br/sobre/estrutura>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁸² GOMES, Franklin Batista. **O processo administrativo para obtenção de registro de marca: noções e fluxograma**. Disponível a partir de <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²⁸³ CLT, Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior. Parágrafo único - Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho.

equivalente²⁸⁴. Trata-se de decisão que, por si só, já deflagra o procedimento executivo, haja vista que contempla os atos iniciais de execução (medidas coercitivas indiretas ou diretas). De se lembrar, ainda, que até recentemente, quando vigia o CPC/1973, diante da omissão dos herdeiros, caberia ao juiz determinar a abertura do inventário de ofício²⁸⁵. O fato é que, em todas essas hipóteses, nunca se negou o exercício da função jurisdicional, mesmo havendo a deflagração de ofício.

Também é clássico o argumento utilizado por Giuseppe Chiovenda, até hoje reproduzido por muitos juristas brasileiros²⁸⁶, no sentido de que a jurisdição seria atividade substitutiva; o que a diferenciaria da administração, que se manifestava de forma primária. No âmbito da administração, no entanto, em muitos casos, a atividade é exercida de forma substitutiva, como ocorre no caso dos tribunais marítimos²⁸⁷. Não é diferente a realidade no âmbito da chamada Justiça Desportiva (item 5.2.2.). Essa mesma lógica também pode ser verificada no universo das agências reguladoras (item 4.2.3.). Com efeito, quando a Agência Nacional de Energia Elétrica decide um conflito instaurado entre uma concessionária e um consumidor, opera-se uma atividade substitutiva. Nesse caso, ao exercer sua função jurisdicional (Lei nº 9.427/96, art. 3º, V²⁸⁸), não há dúvida de que a ANEEL age para substituir, com a sua, a vontade dos litigantes em conflito. Pelo viés da substitutividade, portanto, também não parece haver diferença ontológica entre o universo da jurisdição e o da administração.

A bem da verdade, vários são os argumentos que colocam em xeque a tese de que a substitutividade seria nota essencial da jurisdição. Rigorosamente, não se pode vislumbrar uma atividade substitutiva do órgão judicial quando ele está, por exemplo, a

²⁸⁴ CPC/2015, art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

²⁸⁵ CPC/1973, art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subseqüentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte. O CPC/2015, no entanto, não manteve tal dispositivo, e alterou o prazo de 60 dias para 2 meses, nos termos do seu art. 611: “O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte”.

²⁸⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-13.

²⁸⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64-71.

²⁸⁸ Lei nº 9.427/96, art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [...] V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

decidir sobre questões processuais²⁸⁹, especialmente aquelas que dizem respeito à própria atividade judicial, como as relacionadas à competência e suspeição. Nesse caso, o terceiro, ao jurisdicionar, não necessariamente irá substituir a vontade das partes²⁹⁰.

De mais a mais, alguns efeitos jurídicos decorrentes da vontade humana somente podem ser obtidos após a integração dessa vontade perante um terceiro, que o faz após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado. As partes, em algumas circunstâncias, não podem resolver a questão sozinhas, mesmo que não estejam em conflito. De nada adiantaria, por exemplo, que as partes concordassem em invalidar seu casamento, pois só a decisão judicial poderia invalidar um matrimônio²⁹¹. Se não há litígio, mas apenas uma submissão a um terceiro, não haveria se falar em substituição da vontade dos litigantes em conflito.

Há, ainda, uma tendência contemporânea clara: a de fomentar a autocomposição e o conferimento de poderes aos litigantes (item 1.3.). É crescente a autonomia das partes definindo as regras do procedimento que o juiz deve aplicar. Os acordos ou convenções processuais, que vêm se popularizando cada vez mais e cuja utilização tem sido adotada na legislação em diversos países, inclusive no Brasil, sobretudo com o advento do CPC/2015²⁹², são a maior expressão da aceitação do autorregramento da vontade. Nesse sentido, pondera Antonio do Passo Cabral²⁹³: o terceiro, nesse caso, ao jurisdicionar, estaria, rigorosamente, a substituir a vontade das partes? A resposta parece ser negativa.

²⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 122; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17, vol. VIII, tomo I; LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 102-104; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 8., t. 1, p. 22.

²⁹⁰ Galeno Lacerda é assertivo ao demonstrar que a substitutividade não explica o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questões processuais: “Essa tese, absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiveram por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório – ex: nulidade de casamento), senão que deixa in albis também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questões de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, com as relativas à competência e suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de substitutividade a uma atuação originária, direta e própria das partes. LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 8, t. 1, p. 22.

²⁹¹ RODRIGUES WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 109.

²⁹² CPC/2015, art. 190 - Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Disponível a partir de <<http://periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

Como se vê, vários são os argumentos que acabam fragilizando a tese de que a substitutividade é uma nota essencial da jurisdição e elemento que a diferencia da administração.

Há quem entenda, ainda, que a atividade jurisdicional pressuporia como causa uma lide²⁹⁴, diferentemente da atividade administrativa, que não teria a lide como pressuposto. Essa compreensão, no entanto, desconsidera a existência de ato jurisdicional sem que haja lide²⁹⁵, a exemplo do que ocorre na jurisdição voluntária²⁹⁶.

A diferença entre jurisdição e administração também não pode ser encontrada pelo critério da indelegabilidade, como pretendem alguns doutrinadores²⁹⁷. Argumenta-se que enquanto a atividade jurisdicional seria indelegável, como consequência do juiz natural, a atividade administrativa submeter-se-ia ao princípio da hierarquia, que autoriza que o superior hierárquico determine a conduta funcional do subordinado, podendo, ainda, avocar à sua decisão pessoal os expedientes que se encontrem com aquele.

Não se pode esquecer, no entanto, que há exceções à indelegabilidade da jurisdição. É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de cartas de ordem aos juízes a eles vinculados, nos termos do art. 972 do CPC/2015²⁹⁸. Do mesmo modo, a teor do que dispõe o art. 102, I, m, da CRFB/88²⁹⁹, permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais relacionados à execução dos seus julgados, que deve ser feita a juízes de primeira instância e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios³⁰⁰. O art. 93, I, da CRFB/88 autoriza a delegação da

²⁹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

²⁹⁵ “[...] não se pode restringir a jurisdição a um tipo de situação concreta, como a lide. Essa premissa é importante para compreender a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 163.

²⁹⁶ A propósito, cumpre observar que não é a existência da lide que diferencia a jurisdição contenciosa da voluntária. Pode haver jurisdição voluntária com lide, conforme destaca a doutrina: “[...] não se pode dizer que não há lide em jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 191.

²⁹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

²⁹⁸ CPC/2015, art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.

²⁹⁹ CRFB/88, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

³⁰⁰ “Seria absurdo que, em causa de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro tribunal fixasse decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudesse modifica-las se houvesse recurso. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária”. ZAVASKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 8, p. 121.

competência do Tribunal Pleno para o órgão especial deste mesmo Tribunal³⁰¹. É preciso lembrar, ainda, a regra do inciso XIV do art. 93 da CRFB/88, que, expressamente, permite a delegação, a serventário da justiça, do poder de praticar atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório.

Por outro lado, também existem exceções à possibilidade de delegação no âmbito da instância administrativa. A título exemplificativo, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, no seu art. 13, mostra que as hipóteses para o uso de delegação não são ilimitados. O legislador ordinário, por exemplo, proibiu, expressamente, a possibilidade de transferência do exercício de competências para os órgãos inferiores nos casos de edição de atos normativos, julgamento de recursos administrativos e matéria de competência exclusiva de órgão ou autoridade³⁰².

Como se vê, também pelo critério da indelegabilidade, não parece haver diferença ontológica entre o universo da jurisdição e o da administração.

Também não se revela possível tentar encontrar uma diferença essencial entre a administração e a jurisdição com base nas garantias que viriam assegurar a independência do Judiciário. Conforme será melhor analisado no próximo capítulo, podem ser destacadas inúmeras garantias atribuídas ao administrador público, inclusive muito semelhantes às conferidas à magistratura, o que revela uma notável preocupação com a independência também no âmbito da administração.

Os membros do Tribunal de Contas, por exemplo, são equiparados, em garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens, aos membros do Poder Judiciário³⁰³. Ainda a título de exemplo, a Lei nº 12.259/2011, que estrutura do sistema brasileiro de defesa da concorrência, prevê uma série de disposições tendentes a garantir a independência do CADE, inclusive bem semelhantes àquelas conferidas à magistratura. O objetivo é justamente preservar os dirigentes da chamada temida captura por parte dos agentes econômicos com atuação na área da concorrência, bem assim de livrá-los de

³⁰¹ CRFB/88, art. 93 [...] XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

³⁰² Lei nº 9.784/1999, art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

³⁰³ CRFB/88, art. 73, § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

influência classista ou partidária e impor-lhes uma dedicação exclusiva à atividade pública.

Há, ainda, quem afirme que enquanto a jurisdição se exerce para a tutela de interesses particulares, a administração se exerce para a tutela do bem comum, do interesse público ou do interesse geral da coletividade³⁰⁴. Esse argumento também resta esmaecido quando se coloca o princípio da supremacia do interesse público numa perspectiva dos direitos fundamentais.

Com efeito, conforme tem sido defendido por doutrina de nomeada, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível³⁰⁵. Nesse sentido, a administração também tem o dever de ponderar interesses privados no âmbito de sua atuação.

A existência de coisa julgada é outro critério destacado pela doutrina para diferenciar a jurisdição da administração. Eduardo Couture, por exemplo, é assertivo ao sustentar que “Se o ato não adquire real ou eventualmente essa eficácia não é jurisdicional; se a adquire, ele é jurisdicional”³⁰⁶. E arremata o jurista uruguaio dizendo que “Não há jurisdição sem autoridade de coisa julgada”³⁰⁷.

Entretanto, é preciso que se diga que a coisa julgada não é essencial à jurisdição³⁰⁸. A propósito, Giuseppe Chiovenda já defendia que a coisa julgada não era algo indispensável ou absoluto, até porque não existe em todos os processos e em todos os ordenamentos jurídicos³⁰⁹. É absolutamente possível, portanto, conceber um sistema jurídico sem o instituto da coisa julgada, como ocorria no antigo direito escandinavo³¹⁰.

³⁰⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26; GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 70-71.

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167.

³⁰⁶ COUTURE, Eduardo. A jurisdição. Tradução: Jacy de Assis. **Revista de Direito Processual**. Uberaba: Forense, n. 10, p. 42, 2º trim. 1977.

³⁰⁷ Idem, ibidem, p. 42.

³⁰⁸ PASSO CABRAL, Antonio do. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p107/8578>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

³⁰⁹ É o que informa PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidades e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivum, 2014, p. 253.

³¹⁰ Idem, ibidem, p. 253. E arremata o referido doutrinador: “[...] estes países são a prova histórica de que se aplicou um modelo que desconhecia a ‘imutabilidade da sentença, isto é, sem que as estabilidades processuais estivessem configuradas tal como as estamos acostumados a imaginar”.

Com efeito, existem decisões que não adquirem uma estabilidade tanto forte como a coisa julgada e nem por isso perdem o caráter de jurisdicionais.

No ordenamento jurídico pátrio, a sentença penal condenatória não adquire foro de definitividade absoluta, sendo certo que está ela permanentemente sujeita à revisão criminal, não se tendo nenhuma notícia de que esta disciplina traga insegurança ou caos para o processo penal. A revisão criminal é um meio extraordinário de impugnação que não se submete a prazos e se destina a rescindir uma sentença transitada em julgado, sem ver-se obstaculizada pela coisa julgada³¹¹.

O mesmo se pode dizer da sentença canônica nas causas referentes ao estado das pessoas³¹². Os canonistas reconhecem que a sentença é dotada de estabilidade, ainda que permanentemente seja possível a revisão dos provimentos. Vale dizer: há estabilidade sem imutabilidade.

Em todos esses casos, ninguém nunca se escandalizou ou os reputou patológicos pelo tão só fato de que as sentenças não sejam ‘imutáveis’, ‘indiscutíveis’ ou ‘incontestáveis’. Isso ocorre porque, nestas hipóteses, o legislador se contenta com uma ‘certeza provisória’ ou uma *estabilidade superável*. Então, se já tínhamos visto que a imutabilidade não é uma propriedade comum ou intrínseca aos atos do Estado, agora podemos concluir que tampouco representa uma nota inerente à atividade jurisdicional³¹³.

Depois de reconhecer que somente as decisões judiciais têm aptidão para a coisa julgada, Fredie Didier Jr. ressalta que o caráter de imutabilidade e definitividade das decisões judiciais decorre de razões de conveniência e política legislativa³¹⁴:

A existência de coisa julgada é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em certas hipóteses, retire de algumas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes tira a ‘jurisdicionalidade’. A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua

³¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 613.

³¹² FERREIRA DE LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. **Revista da Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. N. 15, p. 109-111.

³¹³ PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidades e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodvum, 2014, p. 253. E arremata o referido doutrinador: “[...] estes países são a prova histórica de que se aplicou um modelo que desconhecia a ‘imutabilidade da sentença, isto é, sem que as estabilidades processuais estivessem configuradas tal como as estamos acostumados a imaginar”. PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidades e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodvum, 2014, p. 253.

³¹⁴ PASSO CABRAL, Antonio do. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidades e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodvum, 2014, p. 274; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 164.

característica ou elemento de existência: não se condiciona o ‘ser’ por algo que, no tempo, lhe é posterior³¹⁵.

Nesse sentido, é possível afirmar que mesmo quando não houver coisa julgada poderá haver exercício da jurisdição³¹⁶. Dentro desse contexto, não há qualquer leviandade em sustentar que determinadas decisões oriundas de determinados processos administrativos podem – e devem – alcançar estabilidade³¹⁷.

O disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 leva alguns doutrinadores a defenderem que a insuscetibilidade de controle externo seria nota essencial da jurisdição³¹⁸. Fredie Didier Jr., por exemplo, assevera que a jurisdição “controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas aparentes) e a função administrativa (controle dos atos administrativos)”³¹⁹. Considerando que a jurisdição não seria controlada por nenhum dos outros poderes, arremata o autor sustentando que “À jurisdição cabe dar a última palavra, a solução final ao problema apresentado”³²⁰, daí porque a impossibilidade de controle externo seria uma característica da jurisdição³²¹.

Embora destaque a insuscetibilidade de controle externo como característica da jurisdição, Fredie Didier Jr. considera a arbitragem³²² e o julgamento pelo Senado

³¹⁵ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 163.

³¹⁶ Idem, ibidem, p. 164.

³¹⁷ Carlos Alberto Salles parece chamar atenção para essa necessidade quando afirma que “A solução de mecanismos dessa espécie [julgamento por tribunais administrativos especializados], como de alternativas ao acesso ao Judiciário, portanto, depende do acatamento e difusão das decisões desses foros pela própria Administração, reconhecendo-lhes imperatividade e aplicando-as a casos análogos. Esse é um passo fundamental para a construção da autoridade dos julgados desse tipo de corte, mesmo destituídos de definitividade”. SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 787.

³¹⁸ Decorrência da imperatividade na aplicação do direito é a irreversibilidade externa (por entidade outra que não integrante dos quadros do Poder Judiciário) da atividade desempenhada pelo órgão jurisdicional. A decisão jurisdicional é insuscetível de exame fora dos quadros do Poder Judiciário. Trata-se de decisão, nesse sentido, definitiva. A irreversibilidade consiste em que cabe à jurisdição dar a última palavra sobre as situações colocadas ao seu exame (art. 5º, inciso XXXV, CRFB).

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127.

³¹⁹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 163.

³²⁰ Idem, ibidem, p. 163.

³²¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

³²² “[...] se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito**

Federal³²³, nos casos de *impeachment*, como de natureza jurisdicionais. Sucede que, nessas duas hipóteses, se entende que as decisões são passíveis de controle pelos órgãos do Poder Judiciário³²⁴, tendo, inclusive, especificamente quanto à arbitragem, havendo disposição legal expressa nesse sentido³²⁵. Se são jurisdicionais, pela lógica do referido jurista, não deveriam ser passíveis de controle externo.

É aí nesse exato ponto que se volta para a ideia da competência. Apesar de não se referir às decisões do Senado, mas tratando especificamente do controle de validade das decisões do árbitro pelo Poder Judiciário, Fredie Didier Jr. defende que a possibilidade de controle se situa no plano da competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão.

processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 172.

³²³ “Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF/1988)” DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 172.

³²⁴ Sobre a possibilidade de controle das decisões tomadas pelo Senado, nos casos de julgamento do processo de *impeachment*, confira-se a doutrina: “O processo de julgamento do Presidente da República (art. 86, CF/88), pelo Senado, em razão da acusação de prática de crime de responsabilidade, não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, já que tal função, via de regra privativa, comporta exceções e, por outro lado, é perfeitamente possível o Controle Judicial do *impeachment*, sob o aspecto formal, já que o processo deve seguir todos os princípios previsto na Carta Magna, sob pena de ser submetido ao crivo do Poder Judiciário.” GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.** Art. 5.º, inciso XXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124. Também seguindo a mesma linha de entendimento, no sentido de admitir o controle pelo Poder Judiciário: “[...] não compete ao Judiciário intervir no processo de *impeachment*, nem se pronunciar sobre o mérito da acusação e, se for o caso, da condenação da autoridade processada, a não ser para verificar a legalidade formal do procedimento a ser observado na tramitação do processo. Por outro lado, acaso configurada, ao longo do processo, a preterição de formalidade essencial, e, via de consequência, acarretando a lesão a direito individual da autoridade acusada, é cabível a ação reparadora do Poder Judiciário, nos termos do art. 5.º, XXXV, da CF. Imagine-se, por exemplo, se a decisão condenatória, em processo de *impeachment* do Presidente da República, não observar o quórum de dois terços dos votos do Senado, como o exige o parágrafo único do art. 52 da CR. É evidente que o Judiciário, neste caso, se provocado pela parte prejudicada, poderá desconstituir a decisão condenatória proferida pelo Senado Federal, eis que violada cláusula constitucional” LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A intervenção do Judiciário no processo de *impeachment*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Direito constitucional:** organização dos poderes da República (coleção doutrinas essenciais; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 612-613.

³²⁵ É o que preveem os arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996. Sobre o controle das decisões proferidas pelo árbitro, destaca o professor Fredie Didier Jr.: “Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, caput, Lei n. 9.307/1996). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de ‘ação rescisória’ de sentença arbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, §1º, Lei nº 9.307/1996)”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 171.

Justamente por entender que a questão está situada no plano da competência é que se está a propor uma releitura do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tal como proposto no presente trabalho.

Há, ainda, quem se esforce em estabelecer a distinção entre jurisdição e administração apoiando-se na ideia de que a primeira se exerce através de um processo (processo judicial); enquanto a segunda se realiza por meio de um procedimento administrativo. No entanto, conforme será melhor analisado no próximo capítulo, apenas em uma atuação processualizada é que será possível aferir a juridicidade da ação administrativa. É que a CRFB/88 adotou o conceito amplo de processo.

Previu o texto constitucional, por exemplo, no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em **processo** judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. No art. 5º, LXXVIII, por sua vez, o legislador constituinte também fez constar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do **processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa mesma lógica se extrai do art. 5º, LXXII, “b”, da CRFB/88, dispositivo por meio do qual o legislador constituinte autoriza a concessão de *habeas data* “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por **processo** sigiloso, judicial ou administrativo”. A Constituição Federal de 1988 estabelece, ainda, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido **processo** legal”. Integra o ordenamento jurídico pátrio, portanto, o princípio do devido processo legal.

Ao afastar a expressão **procedimento administrativo**, frequentemente empregada para diferenciar do processo judicial, é clara a intenção de atribuir ao instituto todas as garantias que há muito tempo já eram invocadas na esfera judicial. Ao adotar o termo **processo**, a Constituição Federal impôs uma completa guinada para um outro bordo: o processo administrativo, no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu *status* de garantia fundamental dos indivíduos.

Como se vê, em certas circunstâncias, a administração pode cumprir finalidade semelhante à da jurisdição. Na verdade, em alguns casos, o que se verifica é um genuíno paralelismo entre jurisdição e administração. Talvez por isso, ontem e hoje, a doutrina ainda permaneça envidando esforços para estabelecer a distinção entre os dois universos.

Conforme já foi dito no transcorrer deste item, não se vislumbra uma diferença ontológica entre jurisdição e administração. Imagine-se que se está a discutir a respeito de eventual infração à ordem econômica, em virtude de uma fusão entre duas empresas.

É possível apontar, com segurança, alguma diferença entre uma decisão proferida pelo CADE, no âmbito de um processo administrativo, daquela que seria proferida pelo Poder Judiciário, no âmbito de um processo judicial?

Do mesmo modo, pense-se em eventual conflito instaurado entre duas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. É possível afirmar que eventual decisão proferida pela ANTEL – agência reguladora que tem competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVII) –, no âmbito do processo administrativo, merece ser desqualificada se comparada com aquela que seria proferida pelo Poder Judiciário, no âmbito de um processo judicial? São vários os outros exemplos que podem ser citados.

Em razão das mudanças operadas na sociedade e no Estado, com reflexos, naturalmente, em inúmeros institutos jurídicos, não deve mais se ter receio em considerar que a preocupação carece de deslocar de sentido: em vez de continuar a se buscar estabelecer a distinção entre administração e jurisdição, deve-se preocupar com a maneira pela qual a atividade é feita e com o resultado a ser (eficientemente) alcançado. O foco, na verdade, deve se voltar para a ideia de tutela jurisdicional adequada, do que propriamente para a distinção clássica – e aparentemente superada – entre espaços de atuação e sobreposição da jurisdição e da administração.

Aliás, para justificar a posição aqui assumida – possibilidade do exercício da jurisdição por órgãos administrativos e mitigação do controle de suas decisões pelo Poder Judiciário –, parece bem oportuno tomar por empréstimo os argumentos lançados por Carlos Alberto Carmona, em defesa da natureza jurisdicional da arbitragem³²⁶:

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda, para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nos últimos cinco anos – que não tenha desafiado assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual

³²⁶ É com apoio nessa reflexão relacionada à arbitragem que se justifica o título do presente tópico do trabalho, intitulado “Há mesmo uma diferença ontológica entre Jurisdição e Administração? A resposta ao questionamento com base em argumento que defende a natureza jurisdicional da arbitragem”.

desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial³²⁷.

Em outras palavras: os pontos de contato entre as duas esferas são tão fluidos que, em certas circunstâncias, chegam a cumprir uma mesma finalidade, resolvendo uma determinada controvérsia. Esses argumentos fortalecem a ideia defendida no presente trabalho, no sentido de se restringir o controle pelo Poder Judiciário de algumas decisões tomadas em determinados processos administrativos, sobretudo aquelas que exigem *expertise*.

³²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.

CAPÍTULO 4

A PROCESSUALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS E ALGUNS CASOS MARCANTES DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

O presente capítulo é dedicado a demonstrar que, contemporaneamente, a noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica em todas as funções estatais. Fala-se, assim, em processo administrativo, processo legislativo e processo jurisdicional. O processo está presente também em outras formas de exercício do poder, mesmo em instituições eminentemente privadas. O processo não é, portanto, instituto que deve ser associado somente ao Poder Judiciário. Há processo também no âmbito da Administração Pública. Processo não é, enfim, somente aquele que tramita nas vias judiciárias.

A Constituição Federal de 1988 adotou esse conceito amplo de processo. O legislador constituinte acata a processualização dos procedimentos estatais, porquanto emprega o termo processo (e não procedimento) quando trata do exercício das funções do Estado. Mas não é, no entanto, qualquer processo que legitima o exercício das funções estatais. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os corolários dali decorrentes (contraditório, juiz natural, razoável duração do processo, proibição de prova ilícita, etc.)³²⁸.

Nesse sentido, considerando que o processo administrativo também deve seguir o modelo traçado na Constituição Federal, que consagra o direito fundamental ao processo devido, qual a razão de se permitir o controle ilimitado pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa, em sede de processo administrativo? Não seria o processo administrativo um meio adequado de se resolver um conflito, sobretudo

³²⁸ “Embora o texto constitucional brasileiro fale, expressamente, em ‘devido processo legal’, não se pode ver nesse princípio uma garantia de que se observará o devido processo da lei. O devido processo que o ordenamento jurídico brasileiro assegura é o devido processo constitucional. Isto se afirma como consequência do fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito, movimento que foi capaz de alterar profundamente o modo como o Direito é pensado, especialmente na Europa Continental, a partir de meados do século XX (após o fim da Segunda Guerra Mundial). Esse movimento chegou ao Brasil tardiamente, a partir do final da década de 1980, conduzido pela Constituição da República de 1988, e permitiu que se passasse a pensar todo o Direito (inclusive o direito processual civil) a partir de uma ótica constitucional”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 246.

quando os direitos em disputa envolvem matérias técnicas e específicas e que, por isso mesmo, exigem *expertise* no seu trato?

Parece ser chegada a hora de esmaecer a atenção para a distinção clássica – e parcialmente superada (item 3.4.) – entre jurisdição e administração, voltando-se o olhar para a ideia de tutela jurisdicional adequada, obtida por meio do processo, independentemente de sua natureza, se judicial ou administrativo.

Para se ter uma visão mais abrangente do que se está a defender, mas sem descer a minúcias, procura-se fazer uma breve análise acerca de alguns casos marcantes de processos administrativos, nos quais se verifica uma predominância de aspectos altamente técnicos. Destacam-se espécies de processos que, segundo alguns doutrinadores, poderiam até ser colocados numa linha de “meio-passo entre o jurisdicional e o administrativo”³²⁹, a exemplo daqueles que tramitam no Conselho Nacional de Justiça, no Tribunal de Contas, perante as Agências Reguladoras e junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O objetivo do presente capítulo, portanto, é demonstrar que em determinadas situações, em razão da *expertise* exigida para o trato de algumas matérias, se justifica a restrição do controle pelo Poder Judiciário. Essa investigação, somada a todas as outras tratadas nos capítulos anteriores, vem corroborar a ideia central do presente trabalho: a necessidade de se estabelecer a função jurisdicional adequada, com a consequente releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

4.1 O processo administrativo como meio adequado de resolução de controvérsia

Assim como ainda é comum se relacionar a ideia de jurisdição com Poder Judiciário, também é corriqueiro se associar o processo à esfera judicial³³⁰.

³²⁹ Conforme destacado por ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186.

³³⁰ Nesse sentido: FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 232; ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 175; MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo**. Mexico: Nacional, 1980, p. 279; GONÇALVES SANTOS, Leide Maria. O devido processo legal e suas

Quanto à correspondência que até hoje se faz entre Poder Judiciário e jurisdição, como se existisse uma simbiose entre os dois institutos, já se viu que essa compreensão não procede. O exercício da jurisdição não se confina nas vias judiciais. Em razão do modelo multiportas, adotado no sistema jurídico brasileiro, deve ser afastado qualquer entendimento de que o Poder Judiciário é o centro único para se resolver conflitos. Além disso, a construção teórica da separação de poderes, de onde se extrai a ideia de funções típicas e atípicas, admite o exercício da função jurisdicional por outros órgãos não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário. Não se pode olvidar, ainda, que, atualmente, se reconhece a natureza jurisdicional da arbitragem. O árbitro, portanto, também exerce jurisdição. Por essas razões, deve ser demovida completamente a ideia de que a jurisdição se confina no Poder Judiciário. Do mesmo modo, não há mais como se associar o processo à esfera judicial.

Na verdade, a associação que se estabelece entre processo e esfera judicial, resulta, fundamentalmente, do fato de que o desenvolvimento da ciência processual, a partir do reconhecimento de sua autonomia, decorreu de estudos que tinham como paradigma o processo judicial³³¹, conforme já destacado no capítulo 3 (item 3.1.).

Considerando que as teorizações acerca da jurisdição foram formuladas e aprimoradas pelos juristas italianos durante a fase metodológica conhecida como processualismo científico, período em que o processo civil firmava-se como ciência autônoma, destacado do direito material, o processo acabou sendo associado à esfera judicial, e, como tal, *locus* próprio para resolução de conflitos.

Entretanto, se, inicialmente, predominou uma visão restrita, que não conectava o processo com outras formas de atuação estatal que não a jurisdicional, o certo é que o processo passou a assumir um sentido muito mais amplo do que sua vinculação exclusiva ao Estado e à forma de atuação do Poder Judiciário.

Com efeito, contemporaneamente, a noção de processo deixou de se circunscrever ao âmbito judicial, tornando-se característica em toda a atuação estatal, inclusive no âmbito da Administração Pública. O processo está presente também em

repercussões no âmbito do processo administrativo. In: ZAGANELLI, Margareth (coord.). **Estudos de História do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118.

³³¹ FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 232.

outras formas de exercício do poder, mesmo em instituições eminentemente privadas, como na gestão de grandes empresas ou de associações não governamentais³³².

A partir do final da década de 1920, para os administrativistas, e, logo em seguida, para os processualistas³³³, é possível se identificar um movimento pela processualização das funções estatais³³⁴. Essa doutrina se tornou cada vez mais expressiva entre 1950 e 1960, resultando, nas décadas de 1970 e 1980, num encontro de administrativistas e processualistas, no ato de reconhecimento do processo como mecanismo de exercício das funções estatais³³⁵ e também as não jurisdicionais³³⁶.

Pode-se dizer que foi decisiva para esse entendimento a concepção publicista do processo como relação jurídica de direito público, sistematizada por Oscar Von Bulow. Realmente, conforme já mencionado no capítulo 3, a ideia de processo como relação de direito público veio à tona com Bulow³³⁷, cuja obra é considerada como a “certidão de

³³² SALLES, Carlos Alberto. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 203.

³³³ Dentre alguns processualistas que abraçaram a processualidade do poder estatal, destacam-se os seguintes: Francesco Carnelutti, na década de 30 (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. 1, p. 98). Na década de 50, Eduardo Couture (COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo**. Tradução: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 67 e 68). No Brasil, a título exemplificativo: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007; DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 30; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 45; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina da atividade estatal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 261-285.

³³⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 58.

³³⁵ “Se processo, vale insistir, é fenômeno correlato à atuação do Estado, independentemente da função concreta por ele exercida (se jurisdicional, se legislativa ou se administrativa); é todo o atuar do Estado como forma ou como meio, como técnica – como método, portanto –, de atingir adequada e equilibradamente os fins impostos pelo sistema jurídico ao Estado, é equivocado referir-se a ‘procedimento administrativo’ ou, até mesmo, a ‘procedimento legislativo’ para ver o mesmo fenômeno quando ocorrente no exercício daquelas outras funções do Estado. Procedimento é realidade jurídica diversa, é a forma específica de manifestação, de organização, de estruturação do próprio processo, dos diversos atos e fatos relevantes para o processo (e, por isto, atos e fatos processuais) ao longo do tempo. Não tem sentido, consequentemente, referir-se ao mesmo fenômeno (que é o processo), insito ao modelo de Estado Democrático de Direito, com nomes diversos quando esse se dá no âmbito da Administração Pública ou no próprio Legislativo, como se mero ‘procedimento’ ele fosse”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. Vol. 1. Teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 355

³³⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13-14.

³³⁷ “Não é que haja Bülow propriamente *criado* a ideia de que no processo há uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida: antes dele, outros autores já haviam acenado a essa ideia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*; e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbra, ainda sem muita nitidez, a intuição de uma relação jurídica ligando partes e Estado-juiz (trata-se da ‘instância’ ou ‘juízo’, de que falam as Ordenações

nascimento do direito processual civil”³³⁸. Para o referido jurista alemão, a relação jurídica direito processual era diferente da relação de direito material. Essa concepção refletiu no papel do órgão judicial que, desempenhando uma função estatal, ganhou em importância.

No século XX, a ideia de processualização das funções estatais se fortalece ainda mais com as reflexões de Elio Fazzalari, para quem o processo consiste num procedimento em contraditório³³⁹. Estava fincada, portanto, a premissa metodológica necessária para se visualizar o processo como método de exercício do poder e não só necessariamente jurisdicional³⁴⁰.

Sob o poder do Estado (estatal, portanto), o processo deve ser entendido como uma técnica que busca garantir que o equilíbrio entre fins (os escopos do processo) e meios (o modelo constitucional do processo) seja adequadamente alcançado³⁴¹. É através do processo que se garante o equilíbrio entre autoridade e liberdade³⁴².

O processo é o modo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, se exerce o poder estatal com vistas a cumprir alguma das atribuições reservadas pela Constituição ao ente Estado. Digo no Estado Democrático de Direito, pois neste, ao contrário do que ocorre nos Estados totalitários ou autoritários, a

Filipinas). O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica de direito processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) por seus *sujeitos* (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu *objeto* (a prestação jurisdicional); c) por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais)”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007, p. 298.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 258.

³³⁹ “Se, em primeira aproximação, indicamos como ‘provimento’ os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, aqueles que governam em sentido lato, aqueles que prestam justiça e assim por diante) emanam, cada qual no âmbito de sua própria competência, disposições imperativas, e como ‘procedimento’ a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara, e com ele se conclui, se acolhemos essa primeira sumária noção, estamos no ponto de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, exatamente, a conclusão de um procedimento, o ato final desse mesmo procedimento: no sentido de que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia se esse não é, entre outros, precedido na série de atividades preparatórias estabelecida pela própria lei. Se, pois, ao procedimento de formação do provimento, às atividades preparatórias através das quais se verifica o pressuposto do provimento mesmo, são os ‘interessados’ ainda chamados a participar em contraditório, em uma ou mais fases, atingimos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre eles, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”. FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Pádua, CEDAM, 1994, p. 7-8.

³⁴⁰ [...] A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal. A seiva do tronco comum da processualidade é o poder, que permeia todos os ramos, onde inexistente poder, inexistente utilidade metodológica de uma concepção de processualidade ampla”. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

³⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. Vol. 1. Teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354.

³⁴² Idem, ibidem, p. 354.

manifestação do poder estatal não se dá por sobre ou ao largo dos interesses dos indivíduos. Ao contrário, exercita-se considerando tais interesses e se permeando a eles, de modo a franquear ao administrado a participação, o acompanhamento e a contradição ao agir estatal. Se no Estado não democrático o que importa é a manifestação concreta do poder (o ato administrativo, por exemplo), no Estado de Direito importa também o modo (percurso, motivação, publicidade) pelo qual o poder se manifesta. Segue, então, o deslocamento da manifestação estatal do ato (decisão) para o método (processo)³⁴³.

Não é por acaso, aliás, que, atualmente, se sustenta a mudança do pólo metodológico, tomando como núcleo central da teoria geral do processo – em vez da jurisdição, como defendiam os adeptos do instrumentalismo³⁴⁴ – o instituto do processo. Da jurisdição, passa-se ao processo³⁴⁵. Essa compreensão do processo como centro da teoria geral fez florescer uma nova fase metodológica do processo, o chamado formalismo-valorativo³⁴⁶ ou neoprocessualismo³⁴⁷, que consiste, justamente, no estudo e aplicação do Direito Processual na conformidade do modelo de repertório teórico trazido pelo neoconstitucionalismo, fenômeno oriundo da pós-modernidade (item 1.1.).

Especificamente no âmbito administrativo, a gradativa proximidade entre Administração e administrado desencadeou a necessidade de revelar formas mais expeditas de atuação administrativa, com parâmetros claros e critérios definidos para o desempenho de suas atividades (inclusive discricionária), de modo a garantir que o

³⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina da atividade estatal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 266.

³⁴⁴ As ideias de Cândido Rangel Dinamarco, lançadas no seu clássico livro “A instrumentalidade do processo”, que teve sua primeira edição em 1987, constitui o registro de nascimento da terceira fase metodológica do processo, a instrumentalista. Constitui mérito da obra de Cândido Rangel Dinamarco a superação, em larga medida, da perspectiva puramente técnica do direito processual civil, vigente no processualismo científico, período em que o processo se firmava como ciência autônoma. Sobre o tema, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁴⁵ Sobre o tema, amplamente: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴⁷ Sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, utiliza-se, para designar esta quarta fase do desenvolvimento do direito processual, a expressão formalismo-valorativo, exatamente para destacar a importância que deve ser dada aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação dos institutos processuais. Entretanto, opta-se pela expressão neoprocessualismo, isto porque o termo “tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo*, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida. Demais disso, o termo *Neoprocessualismo* também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do *processualismo* do final do século XX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo ‘neo’”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 45.

administrado seja sempre, democraticamente, ouvido antes de ser dada qualquer decisão pela Administração Pública. Emergiu, portanto, uma nova concepção de processo administrativo, não mais integrado ao próprio ato em que resulta, mas como o desenvolver-se de um fenômeno em direção a um efeito: o processo como sucessão de fases ou de atos³⁴⁸.

Utilizar a expressão *processo administrativo* significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública. E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: (a) os elementos *in fieri* e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa a transformação de poderes administrativos em ato; (b) o processo administrativo implica sucessão encadeada e necessária de atos; (c) é figura jurídica diversa do ato; quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo; (d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca; (e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório³⁴⁹.

Realmente, não se podia mais admitir que a Administração Pública agisse livre de peias, atada apenas a uma atribuição legislativa de competência, em uma concepção restrita de legalidade. A legalidade não podia, no contexto de alargamento dos textos constitucionais e da ampliação dos direitos e garantias fundamentais como esteio e limite da ação estatal, permanecer a ser vista como simples operação matemática de aplicação da lei pelo administrador público, como prevaleceu na era moderna (item 1.1.). Legalidade, para além disso, é a comprovação de que a Administração Pública agiu, a todo o tempo, de acordo com o ordenamento jurídico. É, propriamente, uma noção de juridicidade³⁵⁰.

É justamente nesse contexto de onde emerge o processo administrativo. O ato deixa de existir isoladamente, pois passa a ser visto dentro de um contexto. Agir de acordo com a lei não é apenas respeitar os quadrantes legais de atuação, mas, para além disso, é agir com respeito aos direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos com a atuação da Administração Pública. A participação, nesse sentido, é um direito fundamental, uma garantia do cidadão de ter a oportunidade de influenciar diretamente

³⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41-42.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 41-42.

³⁵⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Revista Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, n. 47, p. 151, jan./fev. 2008.

no exercício das decisões dos órgãos públicos que afetam ou tenham o condão de afetar seus direitos³⁵¹. Apenas em uma atuação processualizada é que será possível aferir a juridicidade da ação administrativa.

Apesar de alguma resistência, todas essas considerações já se encontram assentadas no direito pátrio. A visão processualizada da Administração Pública, portanto, deve ser garantista e não meramente formal.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988 adotou esse conceito amplo de processo. O legislador constituinte acata a processualização dos procedimentos estatais, porquanto emprega o termo **processo** e não **procedimento** quando trata do exercício das funções estatais.

A CRFB/88, por exemplo, é enfática ao prever, no seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em **processo** judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Do mesmo modo, no art. 5º, LXXVIII, o legislador constituinte também fez constar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do **processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Essa mesma lógica também se extrai do art. 5º, LXXII, “b”, da CRFB/88, dispositivo por meio do qual o legislador constituinte autoriza a concessão de *habeas data* “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por **processo** sigiloso, judicial ou administrativo”.

A CRFB/88 estabelece, ainda, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido **processo** legal”. Integra o ordenamento jurídico pátrio, portanto, o princípio do devido processo legal.

O método-processo, dentro desse contexto, deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários³⁵². O processo deve ser adequado, isonômico, que se desenvolve em contraditório, perante um juízo natural, que proferirá decisões fundamentadas, alcançando seu resultado final em tempo razoável.

³⁵¹ Sobre o tema da participação, sobretudo em se tratando de decisão constitucional, conferir HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

³⁵² DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 30.

Ao afastar a expressão procedimento administrativo, frequentemente empregada para diferenciar do processo judicial, é clara a intenção de atribuir ao instituto todas as garantias que há mais tempo já eram invocadas na esfera judicial.

Veja-se que não se trata de uma questão meramente terminológica³⁵³. Ao adotar o termo **processo**, a Constituição Federal de 1988 impôs uma completa guinada para um outro bordo: o processo administrativo, no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu *status* de garantia fundamental dos indivíduos.

Isso faz com que o processo, tanto o judicial quanto o administrativo, seja instrumento de concretização da tutela jurisdicional, com respeito das garantias mínimas que legitimam a atuação estatal. Nesse contexto, é preciso conceber e implementar o processo administrativo também como exercício de direitos e garantias fundamentais, na medida em que lhe devem ser assegurados os atributos do devido processo legal.

Se a prestação da jurisdição pelo Poder Judiciário pôs-se desde os primeiros desenhos do Estado moderno como uma forma de realização humana da justiça desejada em dada sociedade, o Estado contemporâneo valoriza novas formas de atuação e reaprende-se, segundo paradigmas que ampliam a garantia do processo, sublinhando a atuação administrativa ao lado daquel'outra judicial³⁵⁴.

Efetivar a proteção às garantias constitucionais do processo na esfera administrativa é o meio de dar legitimidade e respeito à decisão dele decorrente. Considerando-se que o legislador atribuiu competência a alguns órgãos administrativos para decidir conflitos, deve-se reconhecer que a eles foi atribuída a função jurisdicional, sobretudo e principalmente quando se sabe que a dimensão atual do processo constitucionalmente constituído é mecanismo de garantir participação jurídico-política do cidadão.

É justamente por isso, por todas essas razões, que se entende que o foco deve estar voltado na ideia de tutela adequada obtida por meio do processo, seja ele judicial ou administrativo – do que propriamente na distinção clássica entre espaços de atuação e sobreposição da jurisdição e da administração.

³⁵³Nesse sentido: ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 178.

³⁵⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997. Disponível em <www.senado.gov.br.> Acesso em 20 ago. 2015.

4.2 Casos marcantes de processos administrativos e sua correlação com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Há muitas espécies de processo administrativo, todas bastante distintas entre si. Ocorre que em certos processos administrativos há uma predominância de aspectos altamente técnicos, ou, então, o objeto é de alta relevância social, que fazem de tais processos bastante peculiares, como ocorre com os processos administrativos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, do Tribunal de Contas, das agências reguladoras, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, dentre tantos outros.

Na verdade, poderiam ser apontados inúmeros tribunais administrativos que exercem a função jurisdicional e que apreciam matérias específicas, já que exigem *expertise* no seu trato. O Tribunal Marítimo, por exemplo, é um órgão administrativo que exerce função jurisdicional, já que julga os acidentes e fatos da navegação³⁵⁵. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, vinculado ao Ministério da Fazenda, também é um órgão administrativo colegiado e paritário de controle da legalidade sobre atos da fiscalização da Receita Federal do Brasil. O CARF vem assumindo importância no cenário nacional não só por julgar inúmeros processos administrativos fiscais que envolvem valores substanciais, mas, também, por ser uma Corte administrativa especializada e célere³⁵⁶. A chamada Justiça Desportiva, que tem a atribuição de julgar as questões relacionadas à disciplina e às competições desportivas e cuja sede deve ser exaurida antes de se ter acesso ao Poder Judiciário (item 5.2.2.), também é órgão de natureza administrativa.

Entretanto, fez-se a opção de somente dar destaque neste capítulo, ainda que de forma breve, para o exercício da função jurisdicional pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, pelo Tribunal de Contas, pelas agências reguladoras e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O corte metodológico foi necessário para o desenvolvimento da pesquisa. Não é objetivo deste trabalho tratar, individualmente, de vários órgãos administrativos e nem de aspectos detalhados dos processos administrativos que têm curso nos referidos órgãos. Não se desconhece a relevância desses aspectos. No

³⁵⁵ É nesse sentido o disposto no art. 1º da Lei nº 2.180/1954: O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão, autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei.

³⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. *In dubio pro contribuinte* e o voto de qualidade nos julgamentos administrativos-tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 220, p. 21-38, jan. 2014, p. 26.

entanto, o seu estudo extrapola os limites propostos no presente trabalho. O objetivo, repita-se, é demonstrar que, em determinadas situações, justifica-se a restrição da matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, sem que isso venha a ferir o princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, mas, ao contrário, procure mesmo é concretizá-lo.

Embora julguem conflitos, as decisões tomadas por esses órgãos, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, se submetem ao controle do Poder Judiciário³⁵⁷. Entretanto, considerando que esses tribunais administrativos julgam processos administrativos que veiculam matérias muito específicas, é chegada a hora de se limitar a matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, justamente em razão da especificidade e tecnicidade da matéria analisada pelo órgão da administração. Os itens a seguir se propõem a demonstrar que esses órgãos têm aptidão de prestar a tutela jurisdicional adequada.

4.2.1 O Conselho Nacional de Justiça e o exercício da função jurisdicional no caso de processos administrativos disciplinares. O controle pelo STF quanto às decisões do CNJ (CRFB/88, art. 102, I, “r”)

O Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, está incluído na lista do art. 92 da CRFB/88³⁵⁸. Trata-se, portanto, de um órgão do Poder Judiciário. Entretanto, apesar de estar inserido na estrutura do Poder Judiciário, constitui órgão administrativo, nos termos do art. 103, §3º, da CRFB/88³⁵⁹.

Com efeito, por estarem as atribuições do Conselho Nacional de Justiça restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário a ele sujeitos, tem-se que é um órgão de natureza administrativa, tendo assim, inclusive, já entendido o Supremo Tribunal Federal³⁶⁰.

³⁵⁷ No caso do Tribunal Marítimo, confira-se a previsão do art. 18 da Lei nº 2.180/1954: “As decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis (sic) de reexame pelo Poder Judiciário”.

³⁵⁸ CRFB, art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

³⁵⁹ CRFB, art. 103, §4º – Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

³⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão por maioria. Brasília, 13.04.2005. DJ de 22.09.2006. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

O CNJ não está autorizado a rever as decisões judiciais proferidas pelos juízes e tribunais no âmbito do processo judicial. Não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do Corregedor Nacional de Justiça, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais em geral, se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional qualquer deliberação que tenha o propósito de adentrar na análise dos atos jurisdicionais dos demais órgãos do Poder Judiciário ou rever o seu conteúdo³⁶¹.

Ao Conselho Nacional de Justiça compete, portanto, realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Esse poder de fiscalização do CNJ alcança, além dos magistrados, os serviços auxiliares bem assim os serviços notariais e de registro.

O CNJ muito tem se destacado no cenário jurídico brasileiro. As deliberações e decisões tomadas por esse órgão administrativo, além de intimamente relacionadas ao Poder Judiciário, envolvem temáticas que dizem respeito ao Poder Legislativo. É daí, aliás, que se pode dizer, na linha do que tem sido defendido no presente trabalho, que se adota uma visão funcional da teoria da tripartição dos poderes (item 2.2.1.), que o Conselho Nacional de Justiça também exerce função legislativa.

A propósito, o STF reconheceu ao Conselho Nacional de Justiça o poder normativo primário³⁶², deixando assente que, no âmbito das matérias que lhe são afetas (CRFB/88, art. 103-B, §4º), poderá o CNJ expedir normas primárias para a sua regulamentação³⁶³.

Por outro lado, mesmo sendo órgão administrativo, assim estabelecido constitucionalmente, e, mais, ainda que exerça função legislativa, tal como dito acima, não há como deixar de reconhecer que o Conselho Nacional de Justiça também

³⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 27148 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 11.05.2011. DJ de 24.05.2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

³⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão por maioria. Brasília, 13.04.2005. DJ de 22.09.2006. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

³⁶³ “Para o Tribunal, o inciso II do § 4.º do art. 103-B da Constituição apresenta um conteúdo inexpresso (implícito), que outorga ao Conselho a competência para dispor, primariamente, sobre as matérias de sua competência, na ‘lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normativa em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos’”. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 682.

desempenha função jurisdicional. Nos termos do inciso III do art. 103, §4º da CRFB/88, compete ao CNJ:

receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

Conforme será melhor analisado no próximo capítulo, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, interpretado na sua literalidade, autoriza a conclusão de que as decisões do CNJ, mesmo aquelas tomadas no exercício da sua função jurisdicional, seriam passíveis de controle pelo Poder Judiciário. Assim, segundo a visão tradicional, o julgamento tomado no âmbito de processo administrativo disciplinar seria, sem qualquer redundância – sempre e sempre – passível de judicialização.

Realmente, o art. 102, I, “r”, da Constituição Federal atribui competência ao STF para efetuar o controle das decisões tomadas pelo CNJ.

Não é equivocado dizer, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, além de ser órgão de cúpula jurisdicional e nacional do Judiciário brasileiro, apresenta-se também, a partir da EC nº 45/2004, como órgão de cúpula administrativa, financeira e de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, já que, nos termos do art. 102, I, “r”, todas as decisões do CNJ serão passíveis de revisão (ilimitada) pelo STF.

Com efeito, ao prever, no art. 102, I, “r”, que compete ao STF processar e julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, o legislador constituinte pretendeu controlar as decisões proferidas pelo CNJ, já estabelecendo o órgão responsável para esse fim, no caso, o Supremo Tribunal Federal.

Na mesma direção é o art. 115, § 6º, do Regimento Interno do CNJ³⁶⁴, que estabelece que dos atos e decisões exaradas pelo Plenário do Conselho – colegiadas,

³⁶⁴ RICNJ, art. 115. A autoridade judiciária ou o interessado que se considerar prejudicado por decisão do Presidente, do Corregedor Nacional de Justiça ou do Relator poderá, no prazo de cinco (5) dias, contados da sua intimação, interpor recurso administrativo ao Plenário do CNJ. § 1º São recorríveis apenas as decisões monocráticas terminativas de que manifestamente resultar ou puder resultar restrição de direito ou prerrogativa, determinação de conduta ou anulação de ato ou decisão, nos casos de processo disciplinar, reclamação disciplinar, representação por excesso de prazo, procedimento de controle administrativo ou pedido de providências. 'Redação dada pela Emenda Regimental n. 01/10 § 2º O recurso será apresentado, por petição fundamentada, ao prolator da decisão atacada, que poderá reconsiderá-la no prazo de cinco (5) dias ou submetê-la à apreciação do Plenário na primeira sessão seguinte à data de seu requerimento. § 3º Relatará o recurso administrativo o prolator da decisão recorrida; quando se tratar de decisão proferida pelo

portanto – não cabe recurso, na sede administrativa, mas, sim, revisão pelo STF, nos termos do mencionado art. 102, I, “r”, da CRFB/88.

Entretanto, na linha do que é defendido no presente trabalho, nem todas as questões devem ser ilimitadamente levadas à apreciação do Poder Judiciário. Algumas razões corroboram esse entendimento.

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo multiportas, que consagra uma variedade de mecanismos para solução de disputas (item 1.3.); considerando, também, que a função jurisdicional pode ser exercida por outros órgãos não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, conforme admite a construção teórica da separação de funções estatais em uma concepção mais contemporânea (item 2.2.1.); considerando, mais, o reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, que afasta o monopólio da jurisdição pelo Estado e, em particular, pelo Poder Judiciário (itens 3.1 e 3.2); considerando, ainda, que não se vislumbra diferença ontológica entre Jurisdição e Administração (item 3.4.), é crível reconhecer que a tutela jurisdicional pode ser adequadamente prestada por outros órgãos, sobretudo quando se tem em conta que o processo, com todas as garantias que lhe são inerentes, é instituto presente no âmbito da instância administrativa, a qual, diga-se de passagem, pode se revelar mais adequada para tratar de determinadas matérias.

O CNJ, por exemplo, é um órgão adequado para decidir a respeito de matérias específicas, relacionadas à fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, dos serviços auxiliares bem assim dos serviços notariais e de registro, tendo sido instituído justamente para esse propósito³⁶⁵.

Além disso, não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça, além de ser vinculado à estrutura do Poder Judiciário (CRFB/88, art. 92, I-A), é composto por membros de formação jurídica, todos escolhidos e regularmente investidos, segundo

Presidente, a seu juízo o recurso poderá ser livremente distribuído. § 4º O recurso administrativo não suspende os efeitos da decisão agravada, podendo, no entanto, o Relator dispor em contrário em caso relevante. § 5º A decisão final do colegiado substitui a decisão recorrida para todos os efeitos. § 6º Dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso.

³⁶⁵ “[...] a relação do Judiciário com a sociedade deve passar por um órgão de controle externo, na verdade misto, apto a promover a comunicação adequada entre as duas instâncias. Uma via de mão dupla, capaz de transmitir as expectativas dos cidadãos e de compreender as circunstâncias das instituições judiciais. Dentre outras funções, ao Conselho Nacional de Justiça caberia, sem intervir na atividade jurisdicional, planejar estrategicamente a instituição, reivindicar verbas e compromissos, apresentar relatórios estatísticos, zelar pela universalização do acesso à justiça e, quando for o caso, punir desvios de conduta”. BARROSO, Luiz Roberto. **O controle externo é favorável ao Judiciário**. In: Opinião. Folha de São Paulo, 15 de fevereiro de 2004, p. 3.

critérios constitucionais³⁶⁶, para integrar um órgão voltado, como se disse acima, ao controle e fiscalização do Poder Judiciário, e que, por isso mesmo, traz esse anseio em sua composição e configuração³⁶⁷.

Acaso seja permitido (como atualmente o é) que o Poder Judiciário – no caso ora tratado, o Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 102, I, r) – revise ilimitadamente o quanto decidido pelo Conselho Nacional de Justiça, pode-se dizer que terá sido absolutamente inútil o que o CNJ entendeu em sede de processo administrativo.

Embora ostente natureza administrativa, o processo desenvolvido perante o Conselho Nacional de Justiça deve observar a cláusula do devido processo legal, apresentando-se, portanto, com um viés marcadamente garantista. Nesse sentido, permitido o controle ilimitado das decisões do CNJ pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de um processo judicial, assistir-se-á a um nítido dispêndio de atividades, que terão pouca ou nenhuma valia, na medida em que poderão ser integralmente desconstituídas por atividades do próprio Poder Público.

Camilo Zufelato, a respeito do controle da decisão exarada pelo CNJ em sede de processo administrativo disciplinar de membros do Poder Judiciário, corrobora o que está sendo defendido no presente trabalho, a fazer a seguinte ponderação:

“[...] no caso especificamente da atuação de controle do Poder Judiciário realizada pelo CNJ, é preciso levar em consideração dois aspectos peculiares e relevantes: (i) o processo administrativo disciplinar desenvolve-se perante órgão do Poder Judiciário, ainda que no exercício de função administrativa, mas a formação dos julgadores é jurídica, e a grande maioria da composição do colegiado é inclusive de juízes de carreira, o que é forte indicativo de respeito das garantias constitucionais do devido processo legal; (ii) na

³⁶⁶ CRFB/88, art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

³⁶⁷ “Note-se que, embora seja órgão integrante do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça possui membros alheios ao corpo da magistratura – representantes do Ministério Público, da advocacia e da sociedade, estes últimos indicados pelo Legislativo –, o que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ‘além de viabilizar a erradicação do corporativismo, estende uma ponte entre o Judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e a resposta a críticas severas’”. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 678.

concepção originária de criação do CNJ está o anseio de um controle, se não externo, ao menos misto do próprio Poder Judiciário, cuja composição deva espelhar esse anseio; nesse sentido, é fundamental que se mantenha coerência com tal premissa, no sentido de se privilegiar a última palavra em matéria de processos administrativos disciplinares de membros do Poder Judiciário ao CNJ³⁶⁸.

Por existir, em casos como o que ora se apresenta, um órgão adequado para decidir a respeito de matérias específicas – relacionadas à fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, dos serviços auxiliares bem assim dos serviços notariais e de registro –, entende-se que o mérito do quanto decidido pelo Conselho Nacional de Justiça não deve ser ilimitadamente revisado pelo STF.

É justamente por essa razão que se defende uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Conforme será analisado no capítulo 5, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 deve ser assim compreendido: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Substitui-se **Poder Judiciário**, como previsto atualmente no texto constitucional, pela expressão **função jurisdicional**.

Quando julga processo administrativo disciplinar de membros do Poder Judiciário, porque assim foi estabelecida sua competência pelo legislador (que entendeu que o CNJ era o órgão mais adequado para esse propósito), o Conselho Nacional de Justiça está, inegavelmente, a exercer função jurisdicional.

As partes interessadas, em casos tais, assim como ocorreria no processo que tramitaria perante as vias judiciárias, têm a oportunidade de participar do processo, que deve obedecer a cláusula do devido processo legal. Veja-se, assim, que não se excluiria da apreciação jurisdicional – no caso do CNJ – lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de regras adequadas de competência para o controle das decisões tomadas pelo CNJ no exercício da sua função jurisdicional. Já tendo a Constituição Federal fixado a competência do Supremo Tribunal Federal para o controle das decisões do CNJ (art. 102, I, r), nada impede que também sejam estabelecidos os limites em que essa atuação pode se realizar, como, aliás, faz o legislador no âmbito da arbitragem.

Realmente, cabe lembrar que, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral,

³⁶⁸ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 195.

mas apenas em relação à sua validade: o Poder Judiciário, quando eventualmente provocado, não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entende-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros. A competência se restringe à anulação por vícios formais.

Nesse sentido, entende-se que a interpretação do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tal como a que ora é proposta, concretiza o acesso à ordem jurídica justa, já que permite o acesso ao sistema jurídico de forma menos fragmentada e mais eficientemente garantista.

4.2.2 O Tribunal de Contas e a sua função jurisdicional (CRFB/88, art. 71, II)

Os Tribunais de Contas são instituições autônomas³⁶⁹, com independência financeiras e administrativa, que não integram nenhum dos Poderes do Estado³⁷⁰.

Suas competências advêm diretamente da CRFB/88, a qual não insere os Tribunais de Contas em nenhum dos elencos que enumeram os órgãos que compõem o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como se depreende da leitura dos arts. 44, 76 e 92. Apesar de ostentarem autonomia institucional, sem nenhum vínculo de subordinação ao Legislativo, em determinadas atribuições, auxiliam o referido Poder.

As atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas estão elencadas no art. 71 da Constituição Federal de 1988. Para o escopo do presente trabalho interessa analisar o modelo de apreciação de contas (CRFB/88, art. 71, I e II), já sendo o caso de deixar assente que:

[...] as contas públicas são divididas em duas grandes categorias para efeitos de fiscalização e controle do Tribunal de Contas: contas anuais, apresentadas pelo Chefe do Executivo e contas prestadas pessoalmente pelos responsáveis pela aplicação de dinheiro público. A primeira categoria está prevista no inciso I do art. 71 da Constituição Federal, e a segunda no inciso II do mesmo artigo³⁷¹.

³⁶⁹ MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. A natureza jurídica dos julgamentos proferidos pelos Tribunais de Contas no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, n. 8, p. 940, ago./2008.

³⁷⁰ MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional: organização dos poderes da República. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 1152.

³⁷¹ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 578.

São, portanto, como dois conjuntos distintos. A primeira das atribuições conferidas ao Tribunal de Contas é a de emitir parecer prévio acerca das contas dos Chefes dos Poderes Executivos (CRFB/88, art. 71, I). O parecer prévio pode ser definido como “ato cumprido em um prazo determinado, com alguma solenidade e constituído da apreciação de natureza técnica sobre as contas gerais de um exercício financeiro”³⁷². Trata-se de peça técnica elaborada pelo Tribunal de Contas que será, posteriormente, encaminhada ao Legislativo junto com as contas assim previamente apreciadas para a sua análise.

O Poder Legislativo só poderá realizar seu julgamento após o pronunciamento do Tribunal de Contas, que se formaliza no parecer prévio. Conforme assevera Valdecir Fernandes Pascoal: “O parecer prévio não é uma peça optativa. O Legislativo só poderá julgar as contas do Chefe do Executivo, mediante o parecer prévio técnico do respectivo Tribunal de Contas”³⁷³.

Apesar de ser um elemento indispensável no procedimento de controle externo, o entendimento firmado no parecer prévio não tem o condão de vincular o Poder Legislativo, este sim com autonomia para decidir na conformidade – ou não – do pronunciamento precedente do Tribunal de Contas.

Tal liberdade deliberativa do Legislativo resulta do modelo delineado pela Constituição Federal, que lhe conferiu a última palavra sobre o controle das contas do Chefe do Executivo. No caso das contas anuais do exercício, há, portanto, um controle dual, do qual participa o Tribunal de Contas, aqui como mero órgão assessor e instrutivo e o Legislativo, como for apropriado para a decisão da matéria³⁷⁴.

Registre-se, no entanto, que essa função do Poder Legislativo não poderia ser realizada, com a necessária proficiência, sem que o Tribunal de Contas fornecesse elementos de ampla valia para nortear as decisões do Legislativo.

[...] o controle externo é feito por um órgão de natureza política que é o Congresso Nacional (ou as Assembléias Legislativas, nos Estados, e as Câmaras Municipais, nos Municípios). Daí deflui que se contamine de

³⁷² MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, jan./mar. 2001

³⁷³ PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo**: teoria, jurisprudência e 300 questões de concursos públicos. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 146.

³⁷⁴ NETTO, Jair Lins. O papel do Tribunal de Contas no exame das contas globais da municipalidade e na apreciação dos atos do prefeito como ordenador de despesa. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 210, p. 222, out./dez. 1997.

inegável teor político, que é amenizado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico³⁷⁵.

Diante do que foi acima articulado, resta assente que o Legislativo, concretizada a hipótese normativa prevista no inciso I do art. 71 da CRFB/88, é quem exerce a função jurisdicional, ainda que com o auxílio técnico do Tribunal de Contas.

No que se refere, porém, às contas de todos os demais responsáveis pela gestão de dinheiro, bens ou quaisquer valores públicos, a atividade do Tribunal de Contas é distinta. Entende-se que o Tribunal de Contas, nessa hipótese, exerce genuína função jurisdicional.

O art. 71, II, da CRFB/88 estabelece a competência do Tribunal de Contas para “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”. Ainda de acordo com a parte final do mesmo dispositivo constitucional, compete às Cortes de Contas julgar “as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Nesse sentido, duas situações diferentes estão delineadas:

Com efeito, atribuindo expressamente à Corte de Contas competência para o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros e bens e valores públicos da administração direta, indireta, inclusive das fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, a Constituição do Brasil, em seu art. 71, II, distinguiu, nitidamente, duas tarefas para o Tribunal: a *opiativa*, no que tange à apreciação do Parecer Prévio, e a de *julgamento* – para alguns tratadistas, *de cunho eminentemente jurisdicional*, caráter este, no entanto, negado pela maioria da doutrina jurídica atual³⁷⁶.

O disposto no inciso II do art. 71 da CRFB/88 tem alcance amplo, sendo certo que “o dever de prestar contas é uma obrigação constitucional de quem trabalha com recursos públicos, na sua mais lata acepção”³⁷⁷.

Desse modo, todo aquele que receba, gaste ou apenas guarde recursos públicos, deve prestar contas dos mesmos. A natureza pública ou privada do destinatário desses recursos é irrelevante. Em não sendo o gestor ou guardião desses recursos o próprio Chefe

³⁷⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 732.

³⁷⁶ NETTO, Jair Lins. O papel do Tribunal de Contas no exame das contas globais da municipalidade e na apreciação dos atos do prefeito como ordenador de despesa. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo** – RDA, n. 210, p. 223, out./dez. 1997.

³⁷⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na administração pública. 2. ed. DF: Brasília Jurídica, 1998, p. 79.

do Poder Executivo – hipótese em que cabe ao Poder Legislativo exercer a função jurisdicional – as contas serão apreciadas diretamente pelo Tribunal de Contas. Seu pronunciamento, nesse caso, não terá a natureza de parecer e, portanto, de opinião, mas, sim, de decisão, a brotar, naturalmente, de um processo administrativo. Em outras palavras: mesmo não sendo órgão vinculado ao Poder Judiciário – que não o é – exerce o Tribunal de Contas, nessa hipótese, função jurisdicional.

Dentro dessa perspectiva, delineiam-se dois papéis do Tribunais de Contas, completamente diversos: de mero parecerista, quando analisa as contas globais de exercício, passa o Tribunal de Contas à condição de julgador dos administradores públicos.

A aplicação do inciso II do art. 71 da CRFB/88, permite uma vez mais reconhecer a inteira autonomia dos Tribunais de Contas em face do próprio Poder Legislativo. O julgamento do Tribunal de Contas sobre as contas dos responsáveis por haveres públicos é uma competência conferida expressa e exclusivamente pela Constituição Federal às Cortes de Contas.

A doutrina, majoritariamente, tem afirmado serem administrativas as atribuições mencionadas. José Cretella Júnior, no ponto, é peremptório ao afirmar: “A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa”³⁷⁸. E afirma mais: “*julgar as contas* é examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. É função matemática, contabilística, nada mais”³⁷⁹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, igualmente, expressa seu desacordo à existência de funções jurisdicionais ao afirmar que apesar da utilização do vocábulo “julgar” (inciso II do art. 71 da CRFB/88), não está ali a prever uma função jurisdicional, “porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público”³⁸⁰. E arremata defendendo que “o julgamento das contas é uma questão previa, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário”³⁸¹.

³⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza das decisões dos Tribunais de Contas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 77, vol. 631, mai./1988.

³⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. IV, p. 107.

³⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 815.

³⁸¹ Idem, ibidem, p. 815.

Não parece acertado deixar de reconhecer que o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional. O simples fato de este órgão não estar vinculado ao Poder Judiciário não lhe retira o exercício da atribuição de julgar³⁸², ainda mais quando essa missão lhe fora atribuída constitucionalmente, e, mais, quando se sabe que ele é um órgão, pelo menos tecnicamente, mais apto a apreciar questões relacionadas às contas públicas. Conforme já analisado no capítulo 2, a função jurisdicional, mesmo na concepção clássica de tripartição dos Poderes (*rectius*: funções), nunca foi atribuída, com exclusividade, a cada um dos Poderes do Estado.

O art. 71, II da CRFB/88 atribui ao Tribunal de Contas a função de “julgar”. É esse o termo que é empregado pelo texto constitucional. O legislador constituinte, no *caput* do art. 73 da Constituição Federal, estabelece que o Tribunal de Contas da União tem “jurisdição” em todo território nacional e confere ao mesmo atribuições dos tribunais judiciais.

Em seguida, o §4º do mesmo art. 73 confere aos auditores dos Tribunais de Contas da União, quando em substituição a Ministro, as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da “judicatura”, aos de juiz do Tribunal Regional Federal. Ainda, a própria denominação “Tribunal de Contas” remete à ideia de um conjunto de magistrados que compõe um órgão judiciário. Todos esses fatores foram determinantes para o surgimento de uma questão polêmica, que, como já anunciado no início do presente tópico, diz respeito à natureza da atuação dos Tribunais de Contas quanto desempenham essa atribuição.

A função de julgamento foi conferida expressamente pela Constituição Federal (art. 71, II). Não se pode olvidar, ademais, que a função jurisdicional pode ser prestada, inclusive, por outros agentes privados, a exemplo do que ocorre com a arbitragem, conforme já visto no capítulo 3, não havendo qualquer razão para impedir que também outros órgãos públicos, sobretudo pela capacidade técnica de que dispõem, possam também exercer a função de julgamento.

Não se pode utilizar, portanto, de generalizações. É absolutamente correto dizer que aos Tribunais de Contas compete, na situação prevista, desempenhar a função jurisdicional, sobretudo considerando que é ele o órgão mais adequado para tratar, de forma eficiente, de questões relacionadas à gestão, bens e dinheiros públicos.

³⁸² AURELIANO DE ALMEIDA, Paulstein. Natureza jurídica dos tribunais de contas, no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília: Advocacia Geral da União, n. 15, ano VII, mar.2008.

Quanto à possibilidade de controle judicial das decisões proferidas por Tribunal de Contas destacam-se orientações distintas. Enquanto uma corrente defende que o Poder Judiciário poderia rever o quanto decidido pela Corte de Contas; outra corrente defende a possibilidade de o Poder Judiciário realizar somente um exame extrínseco do ato e a verificação de sua conformidade, ou não, com a lei.

Júlio César Manhães Araújo, adepto da segunda corrente, faz ressalvas à revisibilidade ilimitada das decisões exaradas pelo Tribunal de Contas, deixando consignado que:

[...] ao Poder Judiciário é dado descer ao ambiente interno do ato de controle, aquilatando seus motivos, examinando a juridicidade da decisão proferida em sede de controle, mas com uma limitação: a impossibilidade de substituir a decisão do Tribunal de Contas no que se refere ao mérito do julgamento proferido pela Corte de Contas. Ou seja: o Poder Judiciário não pode julgar as contas regulares quando o Tribunal de Contas tenha dado pela irregularidade, nem, muito menos, decidir pela irregularidade quando o Tribunal de Contas tenha decidido pela regularidade³⁸³.

Aponta o autor que é a Constituição que atribui essa competência ao Tribunal de Contas, denominada “reserva de jurisdição”, sendo vedado ao Judiciário substituir o mérito da decisão administrativa. E arremata o autor dizendo que:

É que, pela configuração ditada pelo texto constitucional originário, existem hipóteses onde se verificam situações de ‘reserva de jurisdição’, onde outros órgãos constitucionais julgam questões que lhes foram consagradas diretamente pelo texto originário da Constituição. Assim, reconhecendo visão relacionada ao mérito do julgamento das contas, o Poder Judiciário, se provocado, se limita a proclamar a falta ou a existência de adequação jurídica da decisão proveniente do órgão de controle. Fica-lhe vedado, em hipótese como a deste jaez, emitir pronunciamento que substitua a decisão da Corte de Conta, porquanto somente a esta compete demitir aquele submetido à sua jurisdição da responsabilidade sobre a regularidade das contas da gestão.³⁸⁴

Sobre o ponto, Pontes de Miranda, afirma que “A função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e o outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*”³⁸⁵.

³⁸³ ARAÚJO, Júlio César Manhães. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 481.

³⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 482-483.

³⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 95.

Por existir, em casos como o que ora se apresenta, um órgão adequado para decidir a respeito de matérias específicas, entende-se que o mérito do quanto decidido pelo Tribunal de Contas, não deve ser ilimitadamente revisado pelo Poder Judiciário.

É justamente por essa razão que se defende uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Conforme será analisado no próximo capítulo, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 deve ser assim compreendido: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Substitui-se **Poder Judiciário**, como previsto atualmente no texto constitucional, pela expressão **função jurisdicional**.

O Tribunal de Contas, seguindo essa lógica, quando estiver, por exemplo, a julgar nos termos do art. 71, II, da CRFB/88, não haveria de ter necessariamente sua decisão controlada pelo Poder Judiciário, já que constitucionalmente autorizado a exercer a função jurisdicional naquela hipótese específica, sobretudo dada a especificidade e tecnicismo da matéria envolvida.

Ademais, aos membros dos Tribunais de Contas são equiparados, em garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (CRFB/88, art. 75, parágrafo único). Há de se lembrar, ainda, que a decisão a ser tomada pelo Tribunal de Contas há de brotar de um devido processo administrativo, e, como tal, com todas as garantias que lhe são inerentes.

As partes interessadas, assim como ocorreria no processo que tramitaria perante as vias judiciárias, têm a oportunidade de participar do processo, que deve obedecer a cláusula do devido processo legal. Veja-se, assim, que não se excluiria da apreciação jurisdicional – no caso do Tribunal de Contas – lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de regras adequadas de competência para o controle das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas, tal como já sugerido no item acima, quando se tratou do controle das decisões tomadas pelo CNJ. Nesse sentido, entende-se que a interpretação do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tal como a que ora é proposta, não restringe qualquer direito fundamental, mas, ao contrário, concretiza o acesso à ordem jurídica justa, já que permite o acesso ao sistema jurídico de forma menos fragmentada e mais eficientemente garantista.

4.2.3 A função jurisdicional das agências reguladoras

Embora não se tenha o propósito de analisar o tema da regulação e sua aplicação no direito brasileiro (qualquer investida nesse sentido se desvincularia do foco do presente

trabalho), cumpre dispensar algumas considerações a respeito das agências reguladoras, sobretudo pela ampliação das suas funções (inclusive jurisdicional), diante do processo recente de privatização de alguns serviços públicos.

As agências reguladoras têm por escopo o controle e a fiscalização dos serviços públicos, quando praticados por particulares. Além de terem autonomia financeira e administrativa, esses entes dispõem de patrimônio próprio e não têm, em princípio, subordinação hierárquica com a entidade criadora. Devido à importância de suas atividades, de interesse e finalidade públicos, os servidores das autarquias têm vínculo jurídico sob o regime estatutário (estabelecido por meio de leis, que lhes estabelecem os respectivos direitos e deveres)³⁸⁶.

Um dos pilares da autonomia das agências reguladoras é a estabilidade de seus dirigentes, que são indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado (CRFB/88, art. 52, f, III), por força dos arts. 5º e 6º da Lei nº 9.986/2000. Os membros não podem ser exonerados de seus cargos apenas por decisão política. De fato, os conselheiros e diretores somente perdem o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, dentre outras condições, a serem estabelecidas em cada lei de criação da agência (art. 9º e parágrafo único da Lei nº 9.986/2000). Essas garantias dos dirigentes permitem atuação técnica das agências, com menor ingerência política, por parte da entidade criadora (administração central).

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as agências reguladoras estão sujeitas ao princípio da especialidade, segundo o qual cada uma delas “exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei”³⁸⁷. Exatamente daqui pode ser extraída a ideia de adequação.

Com efeito, as agências reguladoras atuam com matérias muito específicas, e que, por isso mesmo, exigem *expertise*, não somente do ponto de vista da legislação aplicável, mas também do conhecimento não jurídico que está subjacente aos serviços públicos por elas regulados, bastando pensar, por exemplo, em temas como aviação civil, petróleo, energia elétrica, telecomunicações, dentre outros.

Conforme já foi analisado (item 2.2.1.), a ideia contemporânea de divisão de poderes consiste, na verdade, numa separação funcional, ou seja, numa mera divisão de

³⁸⁶ O art. 1º da Lei nº 9.986/2000, determinava regime de emprego aos servidores, mas o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de sua adoção.

³⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 525.

trabalho. A divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias.

Nesse sentido, partindo justamente dessa concepção do princípio da separação de poderes, é inafastável a conclusão de que as agências reguladoras, além de desempenharem função tipicamente executiva, também exercem função legislativa, criando regras jurídicas, e, ainda, função jurisdicional, já que encarregadas de compor conflitos³⁸⁸. É exatamente a função jurisdicional que interessa ao presente trabalho.

A Agência Nacional de Petróleo – ANP, que cuida da atividade econômica do monopólio estatal de exploração e produção de petróleo³⁸⁹, por exemplo, tem competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (Lei nº 9.478/97, art. 58, §1º).

À Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por outro lado, compete adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, compondo administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações. (Lei nº 9.472/97, art. 19, XVII).

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.427/96, tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores.

Boa parte da doutrina sustenta que embora as agências reguladoras tenham o poder de dirimir conflitos e seus julgamentos em muito se pareçam com a solução heterocompositiva jurisdicional, constituem hipótese de equivalente jurisdicional, já que sempre seria possível submeter ao Poder Judiciário o controle das suas decisões³⁹⁰.

Como será melhor analisado no capítulo 5, a interpretação ampla que tem sido conferida ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, as decisões das agências reguladoras, mesmo aquelas tomadas no

³⁸⁸ “[...] o fundamento das competências legislativa e jurisdicional dessas entidades reguladoras somente se concebe a partir de uma evolução interpretativa da Teoria da Separação dos Poderes”. LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

³⁸⁹ CRFB/88, art. 177, I e IV

³⁹⁰ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 168.

exercício da sua função jurisdicional, através de regular processo administrativo, seriam passíveis de controle (ilimitado) pelo Poder Judiciário.

Entretanto, assim como ocorre com as matérias relacionadas ao direito da concorrência, de competência do CADE (item 4.2.4.), bem assim aquelas decididas pelos Tribunais de Contas (item 4.2.2.) e pelo CNJ (item 4.2.1.), todas envolvendo temas não exclusivamente jurídicos, impõe-se restringir a matéria cognoscível pelo Poder Judiciário, sobretudo quando houver decisão proveniente de processo administrativo oriundo das agências reguladoras.

Rodrigo Pironti Aguirre Castro, em trabalho específico sobre o tema, aponta para a necessidade de se restringir o controle do Poder Judiciário. No ponto, explica o autor:

Questão problemática se dá no que atina à maioria das decisões nas agências versarem exclusivamente sobre questões técnico-científicas e na atuação de um corpo especializado de agentes no ato decisório. Dessa forma, as lições aprimoradas elencadas nos atos decisórios proferidos pelas agências serão, na maioria das vezes, inacessíveis à amplitude conceitual do Poder Judiciário, restando, portanto, difícil sua revisão e reformulação em sede judicial³⁹¹.

Não parece destoar desse entendimento Marçal Justen Filho:

Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado. Como decorrência, o controle jurisdicional de atos dotados dessas características deverá ser realizado com a cautela correspondente. A decisão terá de recorrer à manifestação da opinião de especialistas de notória especialização, com a advertência da impossibilidade de o Judiciário substituir-se à autoridade administrativa no tocante ao exercício de escolhas discricionárias³⁹².

Conforme analisado, as agências desfrutam de independência e seus membros são dotados de garantia capazes de lhes assegurarem imparcialidade. Há de se lembrar, ainda, que a solução adjudicada, tomada pela agência, brota de um devido processo administrativo. Ademais, as matérias que são apreciadas pelas agências envolvem temas que exigem *expertise*, razão por que não se justifica um controle pelo Poder Judiciário, que não detém a especialidade e a técnica para o trato de determinadas matérias.

³⁹¹ AGUIRRE CASTRO, Rodrigo Pironti. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Forum, 2005, p. 108.

³⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 592.

Na verdade, o desenvolvimento do modelo das agências reguladoras consiste precisamente na especialidade do conhecimento técnico envolvido. O (devido) processo administrativo, nesse caso, pode se revelar como mecanismo absolutamente adequado para resolver determinada controvérsia. Esse raciocínio, diga-se de passagem, está em plena sintonia com a perspectiva já tratada no capítulo 1, no sentido de que o Poder Judiciário não é o centro único de resolução de disputas, assim como o processo judicial figura apenas como um meio – dos vários existentes – de solução de conflitos.

É justamente por essa razão que se defende uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Conforme será analisado no capítulo 5, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 deve ser assim compreendido: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Substitui-se **Poder Judiciário**, como previsto atualmente no texto constitucional, pela expressão **função jurisdicional**.

Quando uma agência julga processo administrativo, porque assim foi estabelecida sua competência pelo legislador (que entendeu que esses entes, a quem se reservou o trato de matérias específicas, são mais adequados para julgar essas questões), as agências reguladoras estão, inegavelmente, a exercerem função jurisdicional.

As partes interessadas, em casos tais, assim como ocorreria no processo que tramitaria perante as vias judiciárias, têm a oportunidade de participar do processo, que deve obedecer a cláusula do devido processo legal. Veja-se, assim, que não se excluiria da apreciação jurisdicional – no caso das agências reguladoras respectivas – lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de regras adequadas de competência para o controle das decisões tomadas por cada uma das agências, quando estiverem a atuar no exercício da sua função jurisdicional, do mesmo modo que foi sugerido para o CNJ e para o Tribunal de Contas. Essa questão do controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa será melhor explorado no último tópico deste capítulo.

4.2.4 O exercício da função jurisdicional pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.529/11, é uma “entidade judicante com jurisdição em todo o território

nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal”.

Conforme consta do seu *site*, o CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, “sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”³⁹³.

O CADE é, portanto, entidade fundamental para a manutenção do equilíbrio da economia brasileira por meio da defesa da concorrência, ou, como diz Bruno César Lorencini, trata-se de “protagonista no sistema de defesa da concorrência brasileiro, com papel especialmente destacado nos últimos anos, em que se intensificaram as fusões e incorporações societárias”³⁹⁴.

Nos termos do art. 5º da Lei nº 12.529/11, o CADE é constituído organicamente por três órgãos internos, a saber: pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.

Ganha relevo para o presente trabalho a figura do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Nos termos do art. 9º da Lei nº 12.529/11, cabe ao Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo, decidir a respeito da existência da infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei (inciso II); decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral (inciso III); ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar (inciso IV); aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento (inciso V); apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral (inciso IV).

Como se vê, o legislador ordinário fixou no Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica “a instância adequada à verificação de condutas potencialmente lesivas à concorrência, inclusive delegando-lhe a prerrogativa de aplicar sanções

³⁹³ Conforme consta do seu sítio na internet. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>

³⁹⁴ LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao (orgs.). **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 171.

adequadas”³⁹⁵. Trata-se, pois, de tribunal administrativo, não vinculado à estrutura do Poder Judiciário, que tem competência, como se disse, para tratar de matérias relacionadas com o direito da concorrência.

É inegável que o CADE exerce função jurisdicional. Aliás, a função jurisdicional do CADE é tão marcante que, no art. 4º da Lei nº 12.529/2011, o legislador chega a reputar o CADE uma autarquia judicante, com jurisdição em todo território nacional³⁹⁶. O fato de o CADE não estar vinculado à estrutura do Poder Judiciário, não lhe retira a condição de exercer a função jurisdicional.

É preciso deixar consignado que ao exercer sua competência de zelar por um ambiente econômico saudável e aberto à competição, o CADE lida, para muito além das questões jurídicas, com informações de outras ordens, relativas aos múltiplos aspectos das operações que chegam até ele. Seu processo de tomada de decisão é bastante complexo, ultrapassando a dicotomia legal e ilegal.

Nesse sentido, não é difícil intuir que, pela sua própria natureza, as demandas relacionadas ao direito da concorrência exigem de seus operadores uma formação não somente jurídica, mas, sobretudo, econômica, justamente para que seja possível bem verificar eventual violação a regras de mercado que possam caracterizar infração concorrencial.

Por outro lado, as decisões do CADE precisam ser implementadas com celeridade, sobretudo considerando a dinâmica do mundo dos negócios e os impactos que as operações nele realizadas podem trazer para a sociedade.

De mais a mais, os processos que tramitam junto ao CADE, normalmente, envolvem questões de grande monta, a exemplo de fusões e aquisições, e que, por isso mesmo, podem causar reflexos financeiros expressivos. Essa circunstância, aliás, como muito bem ponderado por Camilo Zufelato, “levará as partes interessadas a buscar a intervenção judicial como *ultima ratio* nas hipóteses de decisão administrativa do órgão responsável pela análise econômica da conduta com impactos concorrenciais”³⁹⁷.

³⁹⁵ LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao (orgs.). **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 172.

³⁹⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 169.

³⁹⁷ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187.

A propósito, com o amadurecimento institucional do CADE, e o consequente aumento de decisões intervencionistas na economia e incremento técnico no nível de sofisticação de suas decisões, é de se esperar que, cada vez com maior frequência, as decisões do CADE na esfera administrativa sejam questionadas perante o Poder Judiciário³⁹⁸.

De fato, como decisão administrativa que é, o julgamento proferido pelo CADE, pelo menos de acordo com a interpretação ampla e irrestrita que é dada ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88, fica submetido ao controle do Poder Judiciário, tanto em matérias procedimentais como no que diz respeito ao mérito do que foi decidido pela instância administrativa.

Alguns doutrinadores defendem que nada justifica a construção de qualquer barreira à revisão judicial das decisões do CADE, sendo, pelo contrário, dever do sistema judicial apreciar e, se necessário, rever as medidas tomadas pela autarquia, capazes de causar lesão a direito de empresas ou pessoas físicas³⁹⁹.

Por outro lado, uma outra parte da doutrina, com quem parece estar a razão, defende que diante da complexidade da matéria envolvida, a melhor solução seria evitar uma ampla e irrestrita revisão judicial, de modo a justificar uma atuação estatal mais específica e, portanto, mais eficiente⁴⁰⁰. Vale transcrever o entendimento de Camilo Zufelato sobre o ponto:

[...] a lei, ao vincular o CADE – Tribunal Administrativo –, como órgão julgante, e expressamente se referir a entidade detentora de jurisdição, está visando a reforçar a dimensão jurisdicional dessa atuação administrativa, ademais da questão conceitual de expandir a jurisdição para além dos limites do Poder Judiciário, quer nos parecer que também para blindar o mérito da decisão administrativa da revisão judicial, mantendo-se, como apontado acima, a possibilidade sempre aberta de sindicabilidade dessa decisão por razões de violação ao devido processo legal constitucional.

De fato, não parece mais haver sentido em permitir a revisão ilimitada pelo Poder Judiciário do quanto decidido em casos como o que ora se analisa. Outros órgãos

³⁹⁸ ALMEIDA, Fabricio Antonio Cardim de. Introdução. In: CARDIM DE ALMEIDA, Fabricio Antonio (coord.). **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 26.

³⁹⁹ LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao (orgs.). **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 185.

⁴⁰⁰ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 187.

administrativos, pela *expertise* que dispõem, têm aptidão para prestar uma tutela adequada.

Com efeito, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo multiportas, que consagra uma variedade de mecanismos para solução de disputas (item 1.3.); considerando, também, que a função jurisdicional pode ser exercida por outros órgãos não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, conforme admite a construção teórica da separação de funções estatais em uma concepção mais contemporânea (item 2.2.1.); considerando, mais, o reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, que afasta o monopólio da jurisdição pelo Estado e, em particular, pelo Poder Judiciário (itens 3.1 e 3.2); considerando, ainda, que não se vislumbra diferença ontológica entre Jurisdição e Administração (item 3.4.), é crível reconhecer que a tutela jurisdicional pode ser adequadamente prestada por outros órgãos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, sobretudo quando se tem em conta que o processo, com todas as garantias que lhe são inerentes, é instituto presente no âmbito da instância administrativa, conforme já demonstrado no primeiro item do presente capítulo.

Não se pode olvidar, ademais, que o legislador revelou uma notável preocupação com a independência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Os membros do CADE dispõem de mandato, de tal sorte que só podem ser exonerados em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º da Lei nº 12.259/2011. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Tribunal que faltar a 3 (três) reuniões ordinárias consecutivas, ou 20 (vinte) intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Plenário⁴⁰¹.

O Presidente da República deve obedecer a certos requisitos para proceder à indicação dos nomes que irão integrar o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Nos termos do art. 6º da Lei nº 12.259/2011⁴⁰², são requisitos para funcionar como Conselheiro do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica: ser cidadão com mais de 30 (trinta) anos de idade, ter notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada.

⁴⁰¹ É o que prevê o art. 7º da Lei nº 12.259/2011.

⁴⁰² Eis os exatos termos do art. 6º da Lei 12.259/2011 – O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

Veja-se que a nomeação somente se ultimar  depois de obtida a prévia aprova   dos nomes indicados junto ao Senado é que o Presidente da República poderá proceder à nomea   respectiva.

Mas não   só. Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedica   exclusiva, não se admitindo qualquer acumula  , salvo as constitucionalmente permitidas⁴⁰³. Nos termos do art. 8  da Lei , ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: a) receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; exercer profissão liberal; b) participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandat rio, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; c) emitir parecer sobre matéria de sua especializa  , ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; d) manifestar, por qualquer meio de comunica  , opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; e exercer atividade político-partidária.

Como se vê, a lei impõe certos impedimentos e vedações aos dirigentes das agências reguladoras, de modo a ficarem proibidos de exercer concomitantemente com o mandato, quaisquer outras atividades profissionais, empresariais, sindicais ou de direção político-partidária, exceto a de professor universitário. Mesmo assim, desde que haja compatibilidade de horário, sendo-lhes vedado ter interesse significativo, direto ou indireto, nos agentes econ micos da área de atua   do  rg o.

Com tais restrições, a lei procura preservar os dirigentes da chamada temida captura por parte dos agentes econ micos com atua   na área da concorrência, bem assim de livrá-los de influência classista ou partidária e impor-lhes uma dedica   exclusiva   atividade pública.

Veja-se que as vedações impostas aos dirigentes do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, com singela diferença, coincidem com aquelas impostas constitucionalmente aos juízes integrantes do Poder Judiciário, conforme se extrai de uma simples leitura do art. 95 da CRFB/88⁴⁰⁴. Os impedimentos atribuídos aos dirigentes do

⁴⁰³ Nos termos do  2  do art. 6  da Lei 12.259/2011.

⁴⁰⁴ CRFB/88, art. 95, parágrafo  nico. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que também coincidem com aqueles atribuídos aos juízes integrantes do Poder Judiciário, consistem em vedações que visam a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando uma verdadeira garantia para os litigantes.

Mas a preocupação do legislador vai mais além. Tanto é que, mesmo depois de findo o mandato, os dirigentes ficam obrigados a observar uma espécie de quarentena de um ano para o exercício de atividades de representação de qualquer pessoa ou interesse perante a agência. É o que prevê o § 1º do art. 8º da Lei nº 12.259/2011, que prevê que: “É vedado ao Presidente e aos Conselheiros, por um período de 120 (cento e vinte) dias, contado da data em que deixar o cargo, representar qualquer pessoa, física ou jurídica, ou interesse perante o SBDC, ressalvada a defesa de direito próprio”. Novamente aqui, apenas com pequena variação de tempo, coincidem as vedações quanto aos juízes do CADE e os magistrados vinculados ao Poder Judiciário.

Diante de todas essas razões, questiona-se: é possível apontar, com segurança, alguma diferença entre uma decisão proferida pelo CADE, no âmbito de um processo administrativo, daquela que seria proferida pelo Poder Judiciário, no âmbito de um processo judicial? Acredita-se que não.

É justamente por essa razão que se defende uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Conforme será analisado no capítulo 5, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 deve ser assim compreendido: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Substitui-se **Poder Judiciário**, como previsto atualmente no texto constitucional, pela expressão **função jurisdicional**.

Quando julga processo administrativo, porque assim foi estabelecida sua competência pelo legislador (que entendeu que esses entes, a quem se reservou o trato de matérias específicas, são mais adequados para julgar essas questões), o CADE está, inegavelmente, a exercer a função jurisdicional.

As partes interessadas, em casos tais, assim como ocorreria no processo que tramitaria perante as vias judiciárias, têm a oportunidade de participar do processo, que deve obedecer a cláusula do devido processo legal. Veja-se, assim, que não se excluiria da apreciação jurisdicional – no caso do CADE – lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de regras adequadas de competência para o controle das decisões tomadas pelo CADE, quando estiverem a atuar no exercício da sua função jurisdicional, do mesmo modo que foi sugerido para o CNJ e para o Tribunal de Contas. Essa questão do controle pelo Poder

Judiciário do quanto decidido na instância administrativa será melhor explorado no último tópico deste capítulo.

Nesse sentido, entende-se que a interpretação do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tal como a que ora é proposta, não restringe qualquer direito fundamental, mas, ao contrário, concretiza o acesso à ordem jurídica justa, já que permite o acesso ao sistema jurídico de forma menos fragmentada e mais eficientemente garantista.

4.3 É possível caminhar no sentido oposto ao da abertura da judicialização da discricionariedade administrativa? Uma palavra sobre o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa

Conforme acima analisado (item 4.1.), o legislador constituinte acata a processualização das funções do Estado. A função de legislar, traduzida na prática de atos legislativos, realiza-se mediante o processo legislativo. O exercício da atividade administrativa, do mesmo modo, concretiza-se através da instauração de um processo administrativo. A função jurisdicional, a seu turno, também se desenvolve por meio de um processo, ao qual se atribui a qualificação de judicial. O exercício de uma competência desencadeia, portanto, um processo próprio, a fim de que a atividade se concretize.

O exercício de competências, por outro lado, acarreta responsabilidades, seja pelo descumprimento da atividade, seja pela sua realização defeituosa⁴⁰⁵. Naturalmente, se há responsabilidades, deve, em contrapartida, haver um mecanismo de controle⁴⁰⁶. Aliás, a necessidade de controlar as atividades praticadas pelos órgãos estatais é uma das regras que pode ser extraída do núcleo essencial do princípio da separação de poderes, em sua versão contemporânea (item 2.2.3.).

Com efeito, as atividades públicas, assim também como as privadas, são passíveis de controle. Como ensina Leonardo José Carneiro da Cunha, “O exercício de um poder deve ser controlado, a fim de se verificar se não houve desbordo dos limites da

⁴⁰⁵ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 46.

⁴⁰⁶ “A responsabilidade articula-se com a existência de sanções penais, disciplinares, civis, no caso de descumprimento ou de cumprimento defeituoso dos deveres ou funções de que estão incumbidos os órgãos, sejam eles públicos ou privados. [...]. Se o órgão atua dentro dos limites de sua competência, o ato praticado é legal ou lícito. Descumprida, porém, a regra de competência, haverá uma ilegalidade ou ilicitude, com as consequências daí decorrentes. Além da invalidade do ato ou de outra consequência prevista em norma jurídica, poderá haver sanções jurídicas (penais, disciplinares e civis) ou político-jurídicas (censura, destituição, exoneração). CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44-45.

competência ou se a atividade foi realmente cumprida ou cumprida satisfatoriamente”⁴⁰⁷. As atividades administrativas são controladas por órgãos internos de controle, bem assim pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, e pelo Judiciário. Para os fins do presente trabalho, interessa o controle do quanto decidido na instância administrativa pelo Poder Judiciário.

Durante muito tempo, em matéria de Direito Administrativo, não se via com simpatia o controle de mérito do ato administrativo. Por largo período, doutrinadores de nomeada eram categóricos ao afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”⁴⁰⁸. Logo, o controle jurisdicional estava limitado à análise da sua legalidade.

O advento da pós-modernidade, no entanto, trouxe consigo uma série de mudanças, que impactaram fortemente em todos os setores da sociedade e do Estado. A metodologia jurídica transformou-se. Assim também ocorreu com a atuação do Poder Judiciário, que ficou mais alargada, conforme já se teve oportunidade de consignar linhas atrás (item 1.1.).

Juarez Freitas afirma que inexistente discriminação pura ou não-controlável principiologicamente pelo Poder Judiciário⁴⁰⁹. O Poder Judiciário passou, assim, a exercer um controle de juridicidade da Administração Pública como um todo, inclusive do mérito administrativo.

Atualmente, portanto, admite-se o controle judicial (ilimitado) sobre o mérito das decisões proferidas na instância administrativa, antes inviolável e não passível de controle judicial. Essa possibilidade de censura do mérito do ato administrativo, sem dúvida, só ratifica a ampliação dos limites de atuação do Poder Judiciário na esfera que antes era reservada à discricionariedade da Administração Pública.

⁴⁰⁷ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 46.

⁴⁰⁸ A reflexão de José Cretella Júnior representa bem a ideia que perdurou durante algum tempo no Brasil: “Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário. Ao contrário, repele-a. o Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito. [...] Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: ‘Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça’”. CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 266.

⁴⁰⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121.

Toda essa mutação ampliativa conferida ao Poder Judiciário já demonstra como é moldável a relação de sindicabilidade do quanto decidido pela Administração Pública, de maneira a permitir as reflexões lançadas no presente trabalho, cuja proposta central caminha justamente no sentido oposto ao da abertura da judicialização da discricionariedade administrativa, já que se pretende estabelecer limites à atuação das vias judiciárias no que fora decidido pelo administrador público, no bojo de processo administrativo.

Como será visto mais detalhadamente no próximo capítulo, a interpretação que tem sido conferida ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de cujo texto se extrai o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, autoriza que toda e qualquer decisão proferida no âmbito da Administração Pública, mesmo aquelas tomadas no exercício da sua função jurisdicional, através de regular processo administrativo, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário. O Brasil, diferentemente de outros países, não adotou o sistema de tribunais administrativos (item 5.2.4.), de forma que há centralização no Poder Judiciário da resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

De acordo com o entendimento de Seabra Fagundes⁴¹⁰, o sistema de controle judicial da instância administrativa se justificaria por duas razões. Primeiramente, pela necessidade de se defender os direitos do cidadão em face do administrador, historicamente autoritário, de forma que o Poder Judiciário seria justamente o refúgio das garantias do indivíduo em face das arbitrariedades dos demais poderes. Em segundo lugar, a dimensão eminentemente política das esferas administrativas dificultaria – senão inviabilizaria – uma análise mais jurídica das questões que fossem submetidas à sua apreciação. Nesse sentido, ao Poder Judiciário, órgão dotado de dimensão jurídica (e não política) franqueou-se o controle dos atos proferidos pela Administração Pública.

Camilo Zufelato, embora não discorde das conclusões acima articuladas, não deixa de destacar a necessidade de se diferenciar o controle do ato administrativo de uma forma geral, do controle a ser realizado em face de uma decisão decorrente de um processo administrativo, marcado pelas garantias constitucionais da cláusula do devido processo legal, com destaque para a efetiva participação das partes em contraditório⁴¹¹.

⁴¹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 152-153.

⁴¹¹ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173.

De fato, é preciso compreender a essência constitucionalmente adequada do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sobretudo quando se sabe que o processo, com todas as garantias que lhe são inerentes, é instituto também presente no âmbito da Administração Pública, como já se demonstrou no início do presente capítulo.

Também é oportuno lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo multiportas, que consagra uma variedade de mecanismos para solução de disputas, em igualdade de importância com a solução adjudicada, prestada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, considerando que, ao lado do processo judicial, existem outros mecanismos integrados de solução de disputas, os quais podem se revelar mais adequados para o trato de questões técnicas e específicas, por que também não posicionar o processo administrativo como um desses meios (adequados) de solução de controvérsias?

O reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem é mais um argumento que reforça a necessidade de mudança de paradigma no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional: a tradição, que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, em particular do Poder Judiciário, se encontra atualmente superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional pode ser exercida por entes privados. Se outros entes privados podem exercer a função jurisdicional, por que não atribuir essa possibilidade também a órgãos administrativos, organizados, inclusive, com garantias de independência?

Por outro lado, se não se verifica uma diferença ontológica entre jurisdição e administração (item 3.4.), por que não se deslocar o farol das atenções para a maneira pela qual a atividade é feita e com o resultado (eficiente) a ser alcançado? O foco, na verdade, deve estar voltado para a ideia de tutela jurisdicional adequada, do que propriamente na distinção clássica entre espaços de atuação e sobreposição da Jurisdição e da Administração.

Também não se pode descuidar que a separação de poderes representa, na verdade, uma separação de funções, de modo a permitir o exercício da função jurisdicional por outros órgãos não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário⁴¹². Trata-se de questão já reconhecida por maciça doutrina, como já se teve oportunidade de consignar no capítulo 2. A função jurisdicional pode – sim – ser exercida

⁴¹² Apesar de reconhecer que a teoria da separação de poderes, representa, na verdade, uma tripartição de funções, Moacyr Amaral Santos é peremptório ao sustentar que a jurisdição é uma função do Estado “própria e exclusiva do Poder Judiciário”. AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Processo de conhecimento, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

por outros órgãos administrativos, conforme admite a construção teórica da separação de funções estatais em sua concepção contemporânea.

Aliás, essa compreensão funcional da separação de poderes, como também já se destacou (item 2.2.1.), está voltada para o aumento da eficiência do Estado, devendo o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem *expertise* no seu trato.

Especificamente no tocante à definição das competências sobre apreciação de certas matérias, se administrativa ou judicial, parece-nos que é necessário considerar que a eficiência é uma imposição constitucional a todos os poderes, pois é princípio da Administração Pública, e deve ser levada em conta na definição das competências dos órgãos públicos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, a fim de evitar que haja o dispêndio desnecessário de atividades administrativas que terão pouca ou nenhuma valia, na medida em que poderão ser integralmente desconstituídas por atividade do próprio Poder Público [...]. A duplicação do trabalho, dos custos e do tempo, inclusive para o jurisdicionado, frisa-se – contribui fortemente para ineficiência estatal e para o descrédito das decisões administrativas⁴¹³.

A propósito, não há hoje quem duvide da “complexização material e institucional da administração pública”⁴¹⁴. Sob uma perspectiva material, assevera Eduardo Jordão que “as ações administrativas envolvem conteúdo progressivamente complexo”⁴¹⁵. Sob uma perspectiva institucional, “a administração pública avança em direção à pluralidade de centros decisórios”⁴¹⁶. A combinação dos mencionados aspectos é particularmente relevante. A complexidade dos problemas da administração pública, exigindo conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão aparelhados os juízes de carreira.

Como sabido, via de regra, os juízes ingressam na carreira por meio de concurso público. Depois do chamado estágio probatório, os magistrados alcançam um mandato vitalício e sua formação é essencialmente jurídica e generalista. Os membros da Administração Pública, por outro lado, possuem formação diversificada e especializada

⁴¹³ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 172.

⁴¹⁴ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 33.

⁴¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 34.

⁴¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 34.

na área de atuação e o ingresso no cargo é por indicação política e deve respeitar um limite temporal.

Todo esse enquadramento conduz a uma franca e necessária reflexão no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário e ao controle judicial do que for decidido pela instância administrativa. Considerando que, em algumas circunstâncias, as matérias envolvidas são altamente técnicas e específicas, e que, por isso mesmo, exigem *expertise* no seu trato, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de algumas regras, seja para atribuir competência de julgamento a órgãos administrativos mais adequados, seja para fins de controle das decisões por eles proferidas, quando do exercício da sua função jurisdicional⁴¹⁷.

Como visto acima (itens 4.2.1. a 4.2.4.), não é de hoje que o legislador atribui o exercício da função jurisdicional a órgãos administrativos. Por outro lado, o sistema pátrio, afora o dispositivo (amplo) previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, convive com outras regras que versam sobre o controle do Poder Judiciário no tocante à decisão proferida por outros entes ou órgãos.

Não custa lembrar, por exemplo, que a Constituição Federal fixou a competência do Supremo Tribunal Federal para o controle das decisões do CNJ (art. 102, I, r). Seria absurdo admitir que no mesmo dispositivo fossem fixados os critérios ou limites de atuação do STF?

Não é de hoje, por outro lado, que o ordenamento jurídico conhece regras que fixam limites ao controle pelo Poder Judiciário. Destaca-se, a propósito, o que foi previsto para o controle da sentença arbitral. Nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade: o Poder Judiciário, quando eventualmente provocado, não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entende-la injusta

⁴¹⁷ “O que não se deve é elevar a eficiência ao *status* de um fim em si da Administração Pública; essa tem como escopo a concretização dos fins do Estado Democrático de Direito, com a implementação de direitos dos administrados de forma eficiente. Isso significa, no tocante ao tema da resolução do conflito, que a distribuição de funções ‘jurisdicionais’ entre os órgãos estatais deve ter como premissa a *concretização de direitos*, numa visão garantista de processo administrativo e judicial, e primando pela eficiência, para evitar sobreposições desnecessárias entre as diversas funções estatais “jurisdicionais”. ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173.

ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros. A competência se restringe à anulação por vícios formais.

Nesse sentido, nada impede que sejam estabelecidas regras fixando os limites de atuação do Poder Judiciário. Mas, afinal, como compatibilizar essa ideia com o princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, que, expressa e categoricamente, prevê que nada pode ser subtraído da apreciação do Poder Judiciário? É disso que se procurará responder no capítulo a seguir.

CAPÍTULO 5

O ART. 5, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRATAMENTO NO SISTEMA BRASILEIRO E UMA PROPOSTA DE RELEITURA

Analisadas algumas premissas consideradas imprescindíveis para o presente trabalho, cumpre, a partir de agora, estudar, propriamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴¹⁸, extraído do texto do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, também conhecido como “princípio da proteção judiciária”⁴¹⁹, “princípio da ubiquidade da justiça”⁴²⁰, “princípio do direito de ação”⁴²¹, e “princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário”⁴²².

Primeiramente, examina-se o tratamento dispensado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no bojo das Constituições brasileiras, sobretudo com a finalidade de se compreender o momento histórico em que fora editado o referido dispositivo constitucional. Em seguida, destacam-se alguns pontos e desdobramentos do art. 5º XXXV, da CRFB/88, a saber: a) a previsão que determina que, no tocante às questões relativas à disciplina e às competições desportivas, somente está veiculado o acesso ao Poder Judiciário após esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva (CRFB/88, art. 217, §§1º e 2º); b) a existência de leis infraconstitucionais que exigem, em algumas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia antes da provocação do Poder Judiciário; c) a distinção entre o sistema de jurisdição una e o sistema do contencioso

⁴¹⁸ Também se valendo da mesma terminologia adotada no presente trabalho: TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e suas dimensões jurídico-constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 88, p. 81-98, jul./set 2014; GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, p. 121-154, jan./mar. 2009.

⁴¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 19.

⁴²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 109.

⁴²¹ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 23-31, out./dez 2002; TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

⁴²² TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

administrativo. A análise desses itens tem o objetivo de ampliar o campo de visão acerca do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

De qualquer forma, o fato é que a consagração constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, associada à conscientização de direitos consagrados pela Constituição Federal e à complexidade inerente à pós-modernidade, tem feito chegar às vias judiciais questões que envolvem conhecimentos muito técnicos, específicos e que refogem completamente do universo para o qual foi concebido o modelo tradicional de justiça.

Propõe-se, assim, uma nova interpretação para o dispositivo, desta feita mais aderente à contemporaneidade. Destaca-se a necessidade de se considerar o aspecto da obrigação da prestação do serviço pelo Estado, que deve atentar, entre outras coisas, para a eficiência (CRFB/88, art. 37). Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional adquire uma feição prestacional, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para muito além disso, de uma prestação a ser ativamente observada pelo Estado.

Este quinto capítulo contém uma das principais premissas do trabalho. Tendo como base um estudo elaborado por Carlos Ayres Britto, de onde se extraiu o marco teórico principal da presente tese, analisa-se o sentido que é dado ao vocábulo **poder** constante da Constituição Federal. Nessa investigação, observa-se que o termo **poder**, considerando o texto constitucional, aparece, pelo menos, em quatro sentidos diferentes. O vocábulo **poder** ora aparece como sinônimo de **Poder Constituinte**, ora aparece como correspondente a **órgão** (poder constituído), ora aparece como sinônimo de **Estado**, se identificando, ainda, num quarto sentido, como sinônimo de **função** ou **faixa de competência**.

É justamente a partir dessa compreensão que se propõe uma interpretação evolutiva do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a atribuir ao vocábulo **poder** ali constante o sentido de **função**, e não de **órgão** ou **complexo de órgãos do Poder Judiciário**, como histórica, tradicional e classicamente se admite.

Com base nessa lógica, o texto normativo passaria a ostentar uma redação mais ampla, a saber: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Ainda como reforço de argumentação ao que se defende, chama-se atenção para o que previu o Código de Processo Civil de 2015, que, em vez de reproduzir integralmente o texto consagrado no art. 5º, XXXV, CRFB/88, traz uma previsão diferente em seu art. 3º, segundo a qual “Não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito”.

Com a interpretação proposta no presente trabalho, corroborada pelo Código de Processo Civil em vigor, o dispositivo continuaria a ser dirigido ao legislador, que, agora, em vez de ficar proibido de editar regra jurídica que vede o acesso ao Poder Judiciário, se vê autorizado a editar regras atribuindo competência a entes ou órgãos mais adequados para resolver determinados casos. Ao legislador seria permitido, ainda, prever regras estabelecendo os critérios e os limites de controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa, assim como fez em relação à arbitragem. O dispositivo ainda seria dirigido ao órgão julgador competente para o exercício da função jurisdicional, que fica proibido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.

5.1 O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O tratamento do tema nas Constituições brasileiras e a compreensão do momento histórico em que fora editado o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988

O surgimento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, objeto do presente trabalho, é normalmente associado à Idade Moderna, mais precisamente ao momento em que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição. Para facilitar a contextualização do princípio em destaque, cumpre analisar, de forma mais macroscópica, o ciclo evolutivo dos meios de resolução de conflitos⁴²³.

Quando ainda inexistia um órgão que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, a solução originária para resolver os conflitos era a justiça privada⁴²⁴, também chamada de autotutela ou autodefesa⁴²⁵. Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria, pois, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.

⁴²³ Esse panorama é traçado por RODRIGUES WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Teoria geral do processo. Vol 1. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 38-39. A respeito da evolução dos meios de resolução de conflitos, cumpre ainda destacar a seguinte passagem: “[...] antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje). É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29-30.

⁴²⁴ JAUERNING, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed. Tradução: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina 2002, p. 35-36. “O indivíduo tinha de fazer valer o seu próprio direito, e a família e o clã ajudavam-no, se necessário, com o emprego da força.

⁴²⁵ JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 75.

Através desse método de resolução de conflitos, uma parte impõe sua vontade com o sacrifício do interesse da outra, daí se dizer, metaforicamente que, nessa modalidade de solução de controvérsias, “O ‘juiz da causa’ é uma das partes”⁴²⁶. Além de encerrar um mecanismo precário, aleatório e que provoca um retrocesso social⁴²⁷, a autotutela não garante efetivamente a justiça⁴²⁸, justamente por fazer prevalecer a lei do mais forte ou mais esperto em detrimento do mais fraco. O Brasil, até hoje, convive com o instituto da autotutela⁴²⁹, a chamada “autotutela permitida”⁴³⁰, mas tal somente é admitida em alguns casos excepcionais, em que a gravidade e urgência da situação justificam que o sujeito defenda, ele mesmo, um determinado bem jurídico do seu interesse⁴³¹.

Coexistindo com a autotutela, os períodos primitivos também conheceram o mecanismo da autocomposição, através do qual uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do seu interesse ou de parte dele para chegar a uma composição⁴³². Trata-se, portanto, de modalidade de resolução de conflitos que segue uma vertente altruísta⁴³³, já que realizada pela obra das próprias partes que resolvem dispor do interesse inicial que gerou a controvérsia. Enquanto na autotutela existe a imposição da força ou da astúcia

⁴²⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 164.

⁴²⁷ JAUERNING, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed. Tradução: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina 2002, p. 35-36; VÉSCOVI, Enrique. **Teoria general del proceso**. Segunda edición. Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Temis, 1999, p. 2.

⁴²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, 41, mai./jun. 2006, p. 61.

⁴²⁹ “Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso do poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. São exemplos de autotutela permitida: o desforço incontinenti do possuidor, no caso de violência a sua posse (art. 1.210, §1º, Código Civil), a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos, a guerra etc. Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 165.

⁴³⁰ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 165.

⁴³¹ RODRIGUES WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Teoria geral do processo. Vol 1. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016, p. 39.

⁴³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

⁴³³ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 165; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. I, p. 20-21.

sobre quem vem a ficar, ao final, com o direito; na autocomposição há uma combinação, o acordo, a desistência das partes em conflito⁴³⁴.

Pouco a pouco, os indivíduos se aperceberam que, além de solucionar os conflitos por meio de seus próprios atos (solução parcial = por ato das próprias partes), também era possível se valer de um sistema de soluções imparciais dos conflitos. Buscava-se a solução por meio de decisões de terceiros. Nesse contexto, surgiram os árbitros que, em geral, ou eram sacerdotes – cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas – ou eram anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados⁴³⁵.

Seguindo o fluxo histórico, chega-se, então, à era moderna. O ideário da modernidade, como já destacado no capítulo 1 (item 1.1.), representou o delineamento, o surgimento e a definição de um Estado centralizado e forte. O Estado afirmou-se como criador da juridicidade e como foro próprio para o julgamento dos conflitos. Passou-se da justiça privada para a justiça pública. O Poder Judiciário foi elevado ao patamar de uma ordem soberana. Nasce, assim, a ideia de jurisdição que se consolidou, com o tempo, como um monopólio estatal, garantindo aos juízes estatais a função de resolver e dirimir os conflitos, substituindo a vontade das partes⁴³⁶.

O monopólio da jurisdição é, pois, o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo consequências tanto para os indivíduos – que se veem impedidos de, mediante a força, atuarem privadamente para a realização de seus interesses – quanto para o Estado – que tem o dever de prestar a tutela a qualquer pessoa que o solicite.

O somatório destas duas consequências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos aqueles que necessitam de justiça. Portanto, desde que monopolizou a distribuição da justiça, o Estado se comprometeu, como consequência direta deste monopólio, a garantir e assegurar a proteção daqueles indivíduos que necessitam dela⁴³⁷.

⁴³⁴ JOBIM, Marco Felix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 79.

⁴³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

⁴³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, n. 41, p. 62, mai./jun. 2006.

⁴³⁷ “Não depende da opinião dos juristas existir, ou não, a pretensão à tutela jurídica. Se não existe, não teria o Estado o dever de julgar; e tem-no. Tem mais: tem a obrigação de julgar, através de seus órgãos. Se alguém exerce o direito correspondente àquele dever”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 109.

É justamente dentro desse contexto de onde surge a conclusão de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi se afirmando em todos os Estados modernos, “tendo surgido a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição”⁴³⁸.

Considerando as Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), verifica-se que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional somente veio a ser expressamente inserido a partir da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), com a seguinte redação: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”⁴³⁹.

Em que pese ter sido consagrado de forma expressa, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1946, afirmou Celso Ribeiro Bastos⁴⁴⁰, apoiado pela lição de Pontes de Miranda, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição já poderia ser tido como presente, ainda que implicitamente, desde a Constituição de 1891, já que o Brasil aderiu à teoria da **tripartição** de Poderes, em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com efeito, foi a partir da sistemática implantada na Constituição de 1891 que o Brasil aderiu, estruturalmente, à teoria tripartite, inspirando-se na Constituição americana e também nas ideias do iluminismo francês (item 2.1.)⁴⁴¹. De qualquer forma, somente a partir da Constituição de 1946 é que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional veio expressamente tratado no texto constitucional, nos termos do art. 141, §4º, já acima citado.

Com efeito, em setembro de 1946 promulga-se a Constituição de 1946, inspirada nas ideias liberais da Constituição de 1891⁴⁴². A propósito, foi justamente pelo fato de ter se voltado à fonte formal do passado, que se afirma que a Constituição de 1946 nasceu

⁴³⁸ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 23, out./dez 2002.

⁴³⁹ O termo individual, hoje suprimido do dispositivo constitucional, gerava a equivocada impressão de que somente as pessoas, individualmente, poderiam socorrer-se da jurisdição estatal. A melhor interpretação, contudo, sempre valeu-se do conteúdo genérico dessa expressão, reconhecendo que o direito de ação é garantido a todos, indistintamente, compreendendo as pessoas físicas, as jurídicas e os entes despersonalizados. A esse respeito, GARAIGE NETO, Zaidem. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39-41.

⁴⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 197.

⁴⁴¹ Cabe lembrar que a primeira Constituição brasileira – a de 1824 – previa quatro poderes: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. O Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador, e que, justamente por isso, permitia a concentração de poderes nas mãos do Imperador, era a chave da organização política. Segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, o Poder Moderador da Constituição do Império é a constitucionalização do absolutismo, se é que isto é possível. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 95.

⁴⁴² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

de costas para o futuro⁴⁴³. Por ter bebido na fonte da CF/1891, o texto constitucional de 1946 consagrou a teoria tripartite de poderes. Diante dessa relação com a Constituição de 1891 – a primeira constituição brasileira, repita-se, a acolher a teoria de três poderes – não é insólito dizer que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constante do texto de 1946, estava absolutamente conectado com a ideia de que a jurisdição era prestada pelo Poder Judiciário.

Ainda que a Constituição de 1891, que inspirou o texto de 46, já admitisse o exercício da função jurisdicional por outros órgãos não vinculados à estrutura do Poder Judiciário – tanto assim que previa o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Legislativo⁴⁴⁴ – parece natural admitir que, naquela época, tendia-se para a unidade orgânica, de modo a concentrar a função jurisdicional nas vias judiciárias, sobretudo considerando a inspiração nas ideias oriundas do ciclo liberal francês.

Após o golpe militar de 1964, seguiu-se a Constituição de 1967, que cuidou de reproduzir, no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais, especificamente no seu art. 150, §4º, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tal como previsto na Constituição de 1946⁴⁴⁵.

Entretanto, apesar da previsão, o Presidente da República da época, rompendo com a ordem constitucional vigente, através do Ato Institucional nº 5, de 1968, especificamente através do seu art. 11⁴⁴⁶, excluiu do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe Militar de 1964, como também dos seus respectivos efeitos. Seguiram-se dezenas de outros atos institucionais, atos complementares, além de decretos-leis, até que, em dezembro de

⁴⁴³ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85.

⁴⁴⁴ “Originário do direito inglês, o instituto [do *impeachment*] foi incorporado pelo direito brasileiro a partir da nossa primeira Constituição republicana (1891), sob inequívoca inspiração da Constituição dos Estados Unidos (1787), cujos Pais Fundadores reconheceram prontamente a possibilidade de abuso por parte daqueles que transitoriamente exercem o poder em nome do povo, especialmente do Presidente da República, e a necessidade de uma solução institucional (não apenas prevista pela Constituição, mas coerente com o princípio da separação e independência dos Poderes) para pôr fim a tais abusos”. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Do *impeachment* do Vice-Presidente da República. **Revista dos Tribunais**, ano 105, vol. 968, p. 104, jun. 2016.

⁴⁴⁵ “[...] de maneira geral, as opiniões sobre a Carta de 1967 chocavam-se com uma comum realidade: alguns textos formalmente liberais colidiram com a realidade ditatorial e vários dispositivos autoritários, permitindo ao Executivo sobrepor-se aos Poderes Legislativo e Judiciário”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 442.

⁴⁴⁶ O art. 11 do Ato Institucional nº 5/68 previa que “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

1969, veio a primeira Emenda à Constituição de 1967, para alguns uma nova Constituição⁴⁴⁷.

Como se vê, mesmo violando frontalmente a Constituição de 1967, o Ato Institucional nº 5º acabou sendo constitucionalizado em razão da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, já que ficou estabelecido, em seus arts. 181 e 182, que seriam excluídos da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados pelo comando da Revolução de 1964. Disposições dessa natureza, no entanto, não foram repetidas na CRFB/88⁴⁴⁸.

Em razão desse histórico, era sintomático que a Constituição Federal de 1988 contemplasse em seu texto o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, com a redação que atualmente se verifica. Tratava-se de um momento decisivo da consolidação da democracia brasileira. Nesse sentido, os princípios fundamentais constantes do texto constitucional refletem a reação de movimentos sociais frente ao abuso acometido no período ditatorial, marcado pela suspensão do pleno exercício de direitos fundamentais⁴⁴⁹. Eis, então, a atual redação do art. 5º, XXXV da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴⁵⁰.

Vigora, portanto, implicitamente desde a Constituição de 1891 e explicitamente a partir da Constituição de 1946, com contornos muito próximos aos atuais (CRFB/88, art. 5º, XXXV), o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em que pese ter havido momentos históricos em que o acesso à justiça (*rectius*: ao Poder Judiciário),

⁴⁴⁷ “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [...] Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político” AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89.

⁴⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

⁴⁴⁹ “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, n. 23, p. 26, 2003.

⁴⁵⁰ Há ainda outra nota digna de destaque: a Constituição de 1967 previa expressamente a proteção à direito *individual*. Era esse o termo constante do texto. A CF/1988 não repetiu o vocábulo, mas, ao contrário, ao fazer referência simplesmente a “lesão ou ameaça a direito”, com a retirada do termo “individual”, consagrou o legislador constituinte a tutela dos direitos coletivos. Por outro lado, com a inclusão da palavra *ameaça*, inexistente na ordem anterior, o legislador constituinte acabou por constitucionalizar a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo.

embora insculpido na ordem constitucional, tenha sido limitado ou mesmo impedido por um Estado totalitário⁴⁵¹.

José Maria Rosa Tesheiner sustenta que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário surgiu do desejo de defender o indivíduo contra o Estado. Contudo, alerta o doutrinador – até com certa ironia – para alguns exageros que pode se converter no princípio da onipresença do Judiciário. Esclarece que se tem visto juízes a substituir professores na aprovação ou reprovação de alunos, a imiscuir-se na vida de associações, para manter ou excluir associados; a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão ou suspender jogos. Enfim, arremata o ilustre autor dizendo que “em seus extremos limites, a incompetência do Poder Judiciário se torna às vezes, deletéria; outras vezes, apenas ridícula”⁴⁵².

Reconhece-se que a inserção do art. 5º, XXXV, no bojo da Constituição Federal de 1988 – considerada uma conquista histórica⁴⁵³ – tem uma justificativa ligada ao regime ditatorial que o Brasil havia acabado de superar quando da promulgação da CRFB/88, de forma que deixar expresso o recurso ao Poder Judiciário como bastião da salvaguarda de direitos era realmente relevante e oportuno.

Entretanto, tomada como cláusula pétrea, a interpretação (ampla) que tem sido dada ao dispositivo constitucional tem obstado qualquer reflexão mais aprofundada sobre o tema. Sucede que o conteúdo do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, não pode ser visualizado apenas sob a ótica da vedação constitucional. Revela-se imperioso se considerar o aspecto da obrigação da prestação do serviço pelo Estado, que deve atentar, entre outras coisas, para a eficiência (CRFB/88, art. 37). O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve adquirir uma feição prestacional, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para muito além disso, de uma prestação a ser ativamente prestada pelo Estado⁴⁵⁴.

O Poder Judiciário não deve ser o natural escoradouro de toda e qualquer controvérsia, isto porque a tutela dos direitos também pode ser adequadamente prestada

⁴⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

⁴⁵² TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 254.

⁴⁵³ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 164.

⁴⁵⁴ SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 782.

por outros órgãos administrativos, que detêm mais *expertise* para lidar com matérias mais técnicas e específicas. As decisões administrativas, ademais, são tomadas mediante um processo (e não simples procedimento) administrativo, com a observância de todos os corolários decorrentes do devido processo legal, conforme mencionado no capítulo 4.

A notória complexidade da vida contemporânea, expondo novas e crescentes necessidades, a par da intrincada estrutura da Administração Pública, recomendam que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, numa visão mais contemporânea, encontre sua essência na possibilidade de que determinada matéria seja apreciada por um órgão adequado e não necessariamente pelo Poder Judiciário.

Antes de partir para o estudo acerca do conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ainda se revela pertinente analisar algumas outras questões e desdobramentos do art. 5º, XXXV da CRFB/88.

5.2 Questões relacionadas ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e alguns desdobramentos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88

Uma das grandes mudanças operadas com o chamado neoconstitucionalismo se deu no tocante à interpretação jurídica. Estabeleceu-se a distinção teórica entre texto e norma. Texto normativo e norma jurídica não se confundem. A norma é o resultado da interpretação de um enunciado normativo⁴⁵⁵.

De um mesmo enunciado, várias normas jurídicas podem ser extraídas; uma norma jurídica pode ser extraída da conjugação de vários enunciados; há textos dos quais não se consegue extrair norma alguma; há normas, por outro lado, que não possuem um texto a elas diretamente relacionado. Enfim, interpretam-se textos jurídicos, para que deles se extraia o comando normativo. O legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários⁴⁵⁶.

Cabe recordar que o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁵⁵ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 131.

⁴⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Do texto acima referido é possível construir o princípio do livre acesso à justiça⁴⁵⁷. O acesso à justiça deve ser garantido a todos, inclusive desonerando dos custos e despesas aqueles que não dispõem de recursos financeiros para sua cobertura⁴⁵⁸. Nesse sentido, o custo do processo não deve impedir o acesso às vias judiciais⁴⁵⁹. Além de remover obstáculos financeiros, o acesso à justiça também abrange a instituição de técnicas processuais adequadas à satisfação do direito material alegado pela parte⁴⁶⁰.

Do texto do art. 5º, XXXV, da CRFB/88 também se constrói o princípio da efetividade⁴⁶¹. O direito de acesso à justiça “não se concretiza apenas na facilitação do próprio acesso, mas na viabilização de uma solução eficiente, com a adoção das técnicas próprias à satisfação do direito material afirmado em juízo”⁴⁶².

A partir do texto do dispositivo também é possível construir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴⁶³. Nesse sentido, o legislador fica proibido de editar qualquer regra jurídica que impeça que um ato praticado em inquérito ou, então, que uma decisão proferida em processo administrativo, sejam excluídos da apreciação do Poder Judiciário. A lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário as próprias leis ou quaisquer outras regras jurídicas, nem mesmo a defesa dos direitos individuais e coletivos que tenham fundamento em disposições constitucionais ou infraconstitucionais⁴⁶⁴. O juiz, a seu turno, se vê impedido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.

A existência de requisitos de validade para o ajuizamento de uma demanda e para a prática de outros atos processuais não se mostra incompatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴⁶⁵. A propósito, conforme já decidiu o STF,

⁴⁵⁷ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Comentários aos arts. 1º a 12. In: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

⁴⁵⁸ Idem, ibidem, p. 31.

⁴⁵⁹ “A disposição impede a lei de exigir entraves ao exercício do direito à tutela jurídica do Estado. Por exemplo, instituindo taxa judiciária sem limite de valor, o que grava excessivamente a parte com recursos financeiros. Dispõe a Súmula do STF, nº 667: “*Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa*”. Segundo certo alvitre, o fundamento da rejeição desse obstáculo do acesso à Justiça reside na aplicação do princípio da proporcionalidade”. ASSIS, Araken. Direito fundamental do acesso à justiça. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. **O novo Código de Processo Civil**. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 48.

⁴⁶⁰ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Comentários aos arts. 1º a 12. In: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32.

⁴⁶¹ Idem, ibidem, p. 32.

⁴⁶² Idem, ibidem, p. 32.

⁴⁶³ Idem, ibidem, p. 31.

⁴⁶⁴ Idem, ibidem, p. 31.

⁴⁶⁵ Idem, ibidem, p. 32.

tanto para o exercício do direito de petição, quanto em relação à inafastabilidade do Poder Judiciário⁴⁶⁶, cabe observar o que preceitua o direito processual⁴⁶⁷.

Como se vê, vários são os desdobramentos que brotam da interpretação do texto constante do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Por guardar relação mais próxima com o objeto central do presente trabalho, que tem como foco o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cumpre analisar: a) os argumentos utilizados pelo STF para reconhecer a constitucionalidade da arbitragem; b) a previsão constitucional segundo a qual, no tocante às questões relativas à disciplina e às competições desportivas, somente está veiculado o acesso ao Poder Judiciário após esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva (CRFB/88, art. 217, §§1º e 2º); c) a existência de leis infraconstitucionais que exigem, em algumas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia antes da provocação do Poder Judiciário; d) a distinção entre o sistema de jurisdição una e o sistema do contencioso administrativo. A análise desses itens, ainda que de forma breve, fornecerá mais elementos para o que está sendo defendido no presente trabalho.

5.2.1 O posicionamento do STF pela constitucionalidade da arbitragem

Conforme mencionado no item 3.1, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade da arbitragem. Na verdade, por ocasião do julgamento da homologação de uma sentença estrangeira⁴⁶⁸, o STF analisou a constitucionalidade de diversas disposições relacionadas à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Trechos do voto vencedor do Ministro Nelson Jobim ilustram bem a maneira da posição assumida pela maioria do STF:

[...] a Constituição proíbe que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) [...]. Ela não proíbe que as partes

⁴⁶⁶ “A característica que diferencia o direito de petição do direito de ação é a necessidade, neste último, de se vir a juízo pleitear a tutela jurisdicional, porque se trata de direito pessoal. Em outras palavras, é preciso preencher a condição da ação interesse processual. Para legitimar-se ao direito de petição não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de *participação política*, onde se está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

⁴⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Pet. 4.556 Agr, Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. Brasília, 25.06.2009. DJ de 21.08.2009. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

⁴⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Sentença Estrangeira 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Brasília, 12.12.2001, DJ 30.04.2004. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais e futuros [...]. Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem [...]. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos à específica relação contratual, rigorosamente determináveis [...]. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula. [...] Não há que se ler na regra constitucional (art. 5.º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico”⁴⁶⁹.

De acordo com a posição adotada, não há violação ao dispositivo constitucional em razão do pacto convencionado entre as partes para excluir, por renúncia, a jurisdição prestada pelo Poder Judiciário. O STF manifestou preocupação com a possibilidade de renúncia abstrata, referindo-se àquela de caráter geral, apta a excluir qualquer litígio que venha a se estabelecer entre as partes contratantes.

Não se pode olvidar, ademais, que, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996, há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral. Com efeito, apesar de o Poder Judiciário, conforme já destacado no capítulo 3 (item 3.3.), não estar autorizado a revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, o fato é que é possível o acesso às vias judiciárias, ainda que seja para tratar de questões relacionadas à validade da sentença arbitral.

Além de reforçar o que se está a defender no presente trabalho, esse entendimento do STF sinaliza para a necessidade de se conferir uma interpretação adequada do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

5.2.2 Instância administrativa de curso forçado? Não seria o caso de considerar a Justiça Desportiva como instância administrativa de curso adequado?

Prevista nos §§1º e 2º do art. 217 da CRFB/88, a chamada Justiça Desportiva não pertence à estrutura do Poder Judiciário, como se pode verificar da simples leitura do rol constante do art. 92 da CRFB/88. No entanto, apesar de ser órgão de natureza administrativa⁴⁷⁰, é inegável que há exercício da função jurisdicional no âmbito da Justiça

⁴⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Sentença Estrangeira 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Brasília, 12.12.2001, DJ 30.04.2004. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

⁴⁷⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1406.

Desportiva, sendo certo que ela tem a atribuição de julgar as questões relacionadas à disciplina e às competições desportivas⁴⁷¹.

No presente item, por óbvio, não se tem a pretensão de analisar a estrutura e demais singularidades da Justiça Desportiva, sob pena de fugir da temática principal do presente trabalho. A investigação que aqui se pretende realizar diz respeito, unicamente, à exigência de que as questões desportivas sejam, inicialmente, resolvidas perante a Justiça Desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário, o que fica ao alvedrio da parte interessada.

Com efeito, o texto do art. 217, §1º, da CRFB/88, é claro ao prever que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. No §2º do mesmo dispositivo, ainda resta consignado que “A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

A Constituição Federal instituiu uma “condição de procedibilidade”⁴⁷² para a apreciação do Poder Judiciário das questões relativas à disciplina e às competições desportivas, uma vez que o Poder Judiciário só admitirá ações de tal natureza após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva, que terá prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo administrativo, para proferir decisão final.

Trata-se de regra que, segundo Pedro Lenza, institui a denominada “instância administrativa de curso forçado”⁴⁷³. Findo o prazo de sessenta dias, fica aberto o acesso ao Poder Judiciário, mesmo que o julgamento pela Justiça Desportiva ainda não tenha sido concluído⁴⁷⁴. Em vez de sustentar a possibilidade de admissão de uma instância administrativa de curso “forçado”, deve-se reconhecer que o legislador instituiu, na

⁴⁷¹ Lei nº 9.615/98, art. 50. A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições.

⁴⁷² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1407.

⁴⁷³ Idem, ibidem, p. 1407.

⁴⁷⁴ “Indagação importante que se coloca é se o Poder Judiciário pode apreciar qualquer questão antes de se instaurar o processo administrativo ou durante os 60 primeiros dias contados de sua instauração. De modo geral, o constituinte originário estabeleceu expressa exceção ao princípio da inafastabilidade (art. 5.º, XXXV), não podendo o Judiciário apreciar nenhuma questão relacionada à *disciplina* e às *competições desportivas* antes de se instaurar o processo administrativo ou, uma vez iniciado o julgamento administrativo, durante os 60 primeiros dias contados de sua instauração. Entretanto, inaugurado o processo administrativo, parece-nos perfeitamente possível o Judiciário analisar questões relacionadas à legalidade ou à constitucionalidade, ou seja, se alguma regra procedimental ou de direito constitucional está sendo violada pela Justiça Desportiva. O mérito do julgamento, contudo, está restrito a uma análise inicial e dentro do prazo de 60 dias a contar da instauração do processo na Justiça Desportiva”. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1407.

verdade, uma instância administrativa de curso “adequado”, seja pela especificidade da matéria, seja pela necessidade de se ter uma resposta eficiente, que inclui, naturalmente, uma tutela tempestiva – daí a previsão do prazo de 60 (sessenta) dias, contados da instauração do processo administrativo, para proferir decisão final.

Mesmo reconhecendo a possibilidade de a questão decidida na instância desportiva ser reapreciada pelo Poder Judiciário, que poderá, inclusive, encontrar um desfecho diferente daquele que fora dado pelo órgão administrativo específico, Rodolfo de Camargo Mancuso não deixa de reconhecer a necessidade de observância da “adequação”, justamente em razão da especialidade e da experiência do Tribunal Desportivo. São suas as seguintes palavras:

Evidentemente, a instância judiciária, se porventura acionada posteriormente, é livre para, eventualmente, dar à espécie desfecho diverso do alcançado na Corte desportiva; sem embargo, na perspectiva holística de um sistema integrado de distribuição da Justiça, saberá o juiz togado dar o devido peso à especialidade e à experiência do Tribunal desportivo em conflitos nesse campo⁴⁷⁵.

O requisito estabelecido pela Constituição Federal nessa hipótese – esgotamento da via administrativa –, além de se justificar pela maior celeridade da justiça desportiva, parece fazer todo sentido quando se tem em conta a especialidade da matéria, conquanto afeita às peculiaridades das competições.

Como se vê, o sistema constitucional brasileiro já convive com algumas regras que inibem o irrestrito acesso ao Poder Judiciário. Ao admitir, em algumas situações, a necessidade de a parte exaurir a instância administrativa, o legislador dá nítida demonstração que o Poder Judiciário, pelo menos num primeiro momento, nem sempre é o órgão mais adequado para tratar de toda e qualquer controvérsia.

Se existem regras que, de algum modo, limitam o acesso ao Poder Judiciário, exigindo, por exemplo, o exaurimento da instância administrativa – mais adequada e eficiente para julgar determinadas matérias –, é absolutamente possível, pela mesma identidade de razões, se admitir limitações para o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa com relação à determinadas matérias que exigem *expertise* no seu trato, como, aliás, já ocorre no que diz respeito ao controle das decisões proferidas na arbitragem.

⁴⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 157, dez. 2012.

Com efeito, conforme já esclarecido no capítulo 3, a teor do disposto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996, há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas, apenas, em relação à sua validade. O Poder Judiciário não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entende-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, profissionais escolhidos justamente em razão das habilidades técnicas. A competência do Poder Judiciário se restringe, portanto, à anulação por vícios formais.

5.2.3 Ainda sobre a necessidade de esgotamento da instância administrativa: as hipóteses previstas nas Leis nºs 9.507/1997 e 11.417/2006

Não somente em relação às questões desportivas há a necessidade de esgotamento da instância administrativa. Há outras leis infraconstitucionais que exigem, em algumas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia antes da provocação do Poder Judiciário.

É o que ocorre, por exemplo, quanto ao *habeas data*, nos termos da Lei nº 9.507/1997. De acordo com o parágrafo único do art. 8º do referido diploma legal, a parte, ao propor a referida ação constitucional, deverá instruir a petição inicial com prova da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão (inciso I), da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão (inciso II), ou, ainda, da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º da Lei nº 9.507/1997 ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão (inciso III).

A questão já aportou no STF, tendo a referida Corte entendido que a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, é caso de extinção do feito sem resolução de mérito⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ O STF também foi instado a se manifestar sobre a exigibilidade de se formular prévio requerimento administrativo a fim de que se postule judicialmente a concessão de benefício previdenciário. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, de Relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, a Corte Suprema entendeu que é necessário o prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer à justiça para postular a concessão de benefício previdenciário. Sem esse prévio requerimento, no entender daquela Corte, faltaria à parte interesse de agir. Por outro lado, se a parte formular o pedido administrativo, mas for ele negado, total ou parcialmente, bem como nos casos em que o requerimento não chegar a ser apreciado pelo INSS no prazo de quarenta e cinco dias, poderá o segurado propor a ação perante o Poder Judiciário. Conferir: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 631.240. Relator: Ministro Roberto Barroso. Decisão por maioria. Brasília, 03.09.2014. DJ 10.11.2014. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

Veja-se também a previsão constante da Lei nº 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Nos termos do *caput* do art. 7º do referido diploma legal, “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal”. O §1º do dito art. 7º, no entanto, estabelece que “Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. Tem-se, aí, mais um exemplo de condição de procedibilidade, desta feita com relação ao manejo da reclamação direta ao STF.

Fredie Didier Jr., tratando a respeito da necessidade de exaurimento da instância administrativa, especificamente nas hipóteses previstas nos diplomas legais acima referidos, pondera que, em alguns casos, pode se revelar abusiva a provocação desnecessária do Poder Judiciário, que deve ser encarado como *ultima ratio* para a solução do conflito⁴⁷⁷.

De fato, não parece ser o caso de considerar inconstitucional, em determinadas situações, o esgotamento administrativo da controvérsia⁴⁷⁸. Ainda que essas questões não estejam diretamente relacionadas com o tema da *expertise* para o trato de determinadas matérias, a manifestação administrativa, nesses casos, pode se revelar mais eficiente para resolver a demanda do interessado.

Se o interessado pode obter determinadas informações pela via administrativa, qual a razão de não agitar esse caminho inicialmente, valendo-se logo do acesso ao Poder Judiciário? Se uma providência administrativa que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente pode ser naturalmente corrigido pela instância administrativa, qual a razão de provocar as vias judiciais para esse propósito?

⁴⁷⁷ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 179.

⁴⁷⁸ “[...] essas leis são constitucionais? É constitucional criar uma restrição como essa ao exercício do direito de ação? A resposta não é simples. Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificação razoável. No caso, em juízo *a priori*, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. [...] Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode esperar a solução administrativa da controvérsia – há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se, assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 179-180.

Numa perspectiva funcional da separação de poderes, é possível se falar, inclusive, em **repartição de competências**: o legislador atribui a outros órgãos – e não ao Poder Judiciário – a tarefa de analisar, primeiramente, a pretensão do indivíduo para, só depois, franquear o acesso às vias judiciais.

5.2.4 Sistema de jurisdição *una* versus sistema do contencioso administrativo

Questão ainda relacionada ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional diz respeito aos sistemas jurisdicionais contemporâneos. É possível classificar os sistemas jurisdicionais em duas espécies, quais sejam, o sistema de jurisdição *una* e o sistema do contencioso administrativo.

Enquanto no sistema da unidade da jurisdição cabe a um único Poder Judiciário a atribuição de resolver todos os conflitos de interesse, no chamado contencioso administrativo se cria uma segunda estrutura judiciária, desvinculada do Poder Judiciário, específica para funcionar nas causas em que a Administração Pública esteja envolvida⁴⁷⁹.

José dos Santos Carvalho Filho assevera que o sistema da jurisdição *una* “apresenta maior vantagem no que se refere à imparcialidade dos julgamentos, porque o Estado-Administração e o administrado se colocam, a todo o tempo, em plano jurídico de igualdade quando seus conflitos de interesse são deduzidos nas ações judiciais”⁴⁸⁰. No tocante ao contencioso administrativo, o referido administrativista comenta que:

A vantagem desse sistema [contencioso administrativo] consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Os que o criticam se baseiam no fato de que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia da imparcialidade, já que na Justiça Administrativa o Estado, em tese, é parte e juiz no conflito⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ “O sistema do contencioso administrativo, também denominado de *sistema da dualidade de jurisdição* ou *sistema francês*, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma *Justiça Administrativa*. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália, entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justças, as decisões proferidas ganham o revestimento das *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de *dualidade de jurisdição*: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1076.

⁴⁸⁰ Idem, ibidem, p. 1076/1077.

⁴⁸¹ Idem, ibidem, p. 1076/1077.

O sistema jurídico brasileiro adota o modelo de jurisdição una⁴⁸². É justamente com base no disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que se sustenta a tese de que o Brasil não adotou o sistema do contencioso administrativo, diferentemente do que ocorre em outros países. Nesse sentido, todos os litígios, administrativos ou de caráter privado, são sujeitos à apreciação e à decisão dos órgãos do Poder Judiciário.

É bem verdade que o ordenamento constitucional pátrio chegou a permitir que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes de se ingressar no Poder Judiciário. Era nesse sentido a disposição constante no art. 153, §4º, da EC nº 1/69, na redação dada pela EC nº 7/77⁴⁸³.

A CRFB/88, no entanto, não repetiu a disposição constante do texto constitucional anterior. Fredie Didier Jr. destaca que é justamente essa circunstância que afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais⁴⁸⁴. O doutrinador baiano assevera que quando a Constituição deseja que as questões sejam submetidas a órgãos administrativos, ela impõe esses requisitos, como ocorre em relação às questões esportivas, que devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário (item 5.2.2.). Tem-se, assim, que o direito pátrio não acolheu a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado⁴⁸⁵.

A regra é, portanto, no sentido de que ainda que exista recurso ou instância administrativa, não está obrigado o administrado a esgotá-la, podendo ingressar com ação para o Poder Judiciário, justamente em razão do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Kazuo Watanabe é assertivo ao dizer que “Os Tribunais Administrativos,

⁴⁸² DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 27, out./dez 2002; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1077.

⁴⁸³ Art. 153, §4º, da EC nº 1/69, na redação dada pela EC nº 7/77: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionada a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido.

⁴⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 27, out./dez 2002.

⁴⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 27, out./dez 2002; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58.

acaso existam nos países que adotam semelhante sistema [de jurisdição una], não proferem decisões definitivas e conclusivas”⁴⁸⁶.

No entanto, é possível se empreender uma releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sem quebrar na inteireza o sistema de jurisdição una, adotado no Brasil.

A notória complexidade da vida contemporânea, expondo novas e crescentes necessidades, a par da intrincada estrutura administrativa, recomendam que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, numa visão mais contemporânea, encontre sua essência na possibilidade de que determinada matéria seja apreciada por um órgão adequado e não necessariamente pelo Poder Judiciário.

O legislador pode, de um lado, atribuir o exercício da função jurisdicional a órgãos administrativos – como, aliás, já faz em várias circunstâncias (itens 4.2.1. a 4.2.4.) –, e, de outro, admitir o apoio e o controle pelo Poder Judiciário. Porém, entende-se que o legislador deve estabelecer os limites de atuação do Poder Judiciário em casos tais, sobretudo nas situações que demandam *expertise* no seu trato.

Nesse sentido, se existem regras que, de algum modo, limitam o acesso ao Poder Judiciário, exigindo, por exemplo, o esgotamento da instância administrativa – mais adequada e eficiente para apreciar inicialmente determinadas matérias –, é absolutamente possível, pela mesma identidade de razões, se admitir limitações para o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa, como, aliás, já ocorre no que diz respeito ao controle das decisões proferidas na arbitragem.

Com efeito, conforme já esclarecido no capítulo 3, a teor do disposto nos arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996, há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas, apenas, em relação à sua validade. O Poder Judiciário não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entende-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, profissionais escolhidos justamente em razão das habilidades técnicas. A competência do Poder Judiciário se restringe, portanto, à anulação por vícios formais.

Feitas essas considerações, consideradas relevantes para fundamentar o que está sendo defendido no presente trabalho, passa-se, a partir de agora, analisar o (melhor)

⁴⁸⁶ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 24.

conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. É esse o objetivo do tópico a seguir.

5.3 A necessidade de se encontrar o melhor sentido do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88

Ainda prevalece no Brasil uma interpretação literal do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, segundo a qual toda controvérsia, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. O Poder Judiciário, portanto, além da defesa dos direitos, tutela também a sindicabilidade dos atos da Administração Pública⁴⁸⁷. Ninguém pode, enfim, impedir que o jurisdicionado vá ao Poder Judiciário deduzir pretensão⁴⁸⁸.

A consagração constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário, associada à conscientização de direitos consagrados pela Constituição Federal e à complexidade inerente à pós-modernidade, que acabou desaguando numa intrincada estrutura da Administração Pública (item 1.1.), ampliou sobremaneira as atividades do Poder Judiciário.

Além de abarrotado de trabalho⁴⁸⁹, o Poder Judiciário se viu – e se vê – sendo constantemente provocado para apreciar questões das mais singelas às mais complexas, que envolvem conhecimentos muito técnicos, específicos, e que, por isso mesmo, refogem completamente do universo para o qual foi concebido o modelo judiciário, integrado por magistrados com formação eminentemente jurídica e generalista.

O Poder Judiciário, porém, não deve ser o natural escoadouro de toda e qualquer controvérsia, como autoriza uma interpretação literal do art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Não basta se abrir as portas do Poder Judiciário e, como fez o legislador, se prever ilimitadamente o acesso aos seus órgãos, como se fosse essa a “tábua de salvação”⁴⁹⁰ e a única maneira idônea de resolver as questões e controvérsias surgidas.

⁴⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

⁴⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186.

⁴⁸⁹ A defesa que se faz no presente trabalho, embora possa ter esse efeito, não está relacionada ao congestionamento e ao quantitativo de processos que tramitam perante o Poder Judiciário. A linha de raciocínio aqui desenvolvida tem como ponto central a ideia de adequação: outros órgãos administrativos, não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário, podem se revelar mais adequados para o trato de determinadas questões que exigem expertise no seu trato, razão por que não deveriam ser submetidas ao controle ilimitado do Poder Judiciário.

⁴⁹⁰ “O vexo de se enfatizar o acesso à Justiça (sob a generosa palavra *facilitação*) tem levado a exageros, e, de envolta, tem projetado externalidades negativas, a começar pela (equivocada) mensagem passada à

Rodolfo de Camargo Mancuso, em primoroso trabalho sobre o tema, aponta o equívoco em se considerar irrestrita a ideia de acesso à justiça no texto constitucional. Sustenta que a promessa – na maior parte das vezes não cumprida – de ilimitado acesso à justiça – gerou uma crise quantitativa de demandas, que, como não poderia deixar de ser, acabou por impactar na qualidade da prestação jurisdicional.

Não mais se duvida que a era do *monopólio estatal na distribuição da justiça* é hoje de interesse praticamente histórico, pela boa razão de que a cultura demandista que assola o País desde as últimas décadas provocou um *tsunami* de processos muito além da capacidade instalada do Judiciário. O Judiciário, premido por esse angustioso problema, e tentando obsessivamente resolvê-lo pela *ótica quantitativa* (elementos de contenção, filtros e barreiras; sumarizações diversas; julgamentos em bloco), acabou por oferecer uma resposta massiva, de baixa qualidade, que desserve ao ideal de justiça e frustra os jurisdicionados. Ou seja, por esse modelo não se resolve o problema e ainda se criaram outros⁴⁹¹.

Apesar de toda a mudança operada nos métodos solução de controvérsias, já destacada no capítulo 1, ainda permanece forte a compreensão de que, para resolver os conflitos, o método mais nobre seria a solução adjudicada, através da sentença, proferida em processo contencioso, em trâmite perante o Poder Judiciário. É, de fato, ainda muito difundida a ideia de que o processo, ajuizado perante o Poder Judiciário, perseguindo uma solução adjudicada, é o meio prioritário para solucionar as controvérsias surgidas⁴⁹². Outros meios de resolução de disputas seriam alternativos.

Na verdade, essa expectativa exacerbada no Poder Judiciário faz com que haja a subutilização de outras formas de solução de conflitos, dentre as quais se destaca as

coletividade de que o *normal* é a judicialização de todo e qualquer interesse ameaçado ou contrariado. Isso tem criado uma expectativa de presteza e efetividade da intervenção jurisdicional que, ao depois, o Estado não tem como atender, ou, pior, buscando sofregamente fazê-lo, acaba oferecendo resposta de menor qualidade, numa Justiça de massa e padronizada, notoriamente lenta, ao depois totalizada sob a óptica quantitativa das cifras e estatísticas entre o *input* e o *output* dos processos”. MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 141, dez. 2012.

⁴⁹¹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 149, dez. 2012.

⁴⁹² “Logo, a única modalidade socialmente eficiente para resolver o conflito reside na intervenção de um terceiro imparcial. O Estado assumiu essa tarefa essencial, autêntico monopólio estatal, prestando à sociedade relevante serviço público. A heterocomposição estatal enseja, em princípio, a desejável correspondência entre o desfecho do litígio e a pauta de conduta observada voluntariamente nas relações sadias, a universalização do mecanismo e, principalmente, a sua obrigatoriedade, através de veto quase absoluto à autotutela. Essa atividade fundamental do Estado chama-se jurisdição”. ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**: parte geral. Fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. vol. 1, p. 58.

consensuais e as administrativas⁴⁹³. Nesse ponto, Rodolfo de Carmargo Mancuso defende a existência de uma jurisdição compartilhada no Brasil:

A tendência a desjudicializar conflitos [...] é irreversível e crescente, justificando o reconhecimento de que já se instalou dentre nós um ambiente de *jurisdição compartilhada*, incompatível, por definição, com a defasada e hoje impraticável ideia de *monopólio estatal de distribuição de justiça*. Dito de outro modo, a *condição legitimante* da jurisdição – antes atrelada às ideias de poder e de autoridade – foi gradualmente se deslocando para outro paradigma, qual seja, o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir conflitos em modo justo e num tempo razoável⁴⁹⁴.

Com efeito, além de desprestigiar outras formas adequadas de solução, já consagradas no sistema jurídico, a exemplo dos meios consensuais e da arbitragem, essa – superada – e tradicional compreensão vem acompanhada de uma cegueira, que impede sejam construídas, a partir do próprio sistema jurídico, outras interpretações que viabilizem soluções mais adequadas e eficientes para solver determinados casos. Órgãos administrativos, por exemplo, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, podem ter mais aptidão para solucionar determinadas controvérsias, já que detêm mais *expertise* no trato de algumas matérias específicas.

Há diversas hipóteses que podem apresentar possibilidades mais adequadas e eficientes de solucionar a questão apresentada, de modo que privilegiar esses meios adequados de solução de controvérsias, que não o Poder Judiciário, não representa uma violação à inafastabilidade da jurisdição⁴⁹⁵. Aliás, a razão fundamental justificadora da inafastabilidade da jurisdição é a obtenção de tutela jurisdicional adequada, ou, valendo-se da clássica expressão cunhada por Kazuo Watanabe, o *acesso à ordem jurídica justa*⁴⁹⁶.

As mais variadas, específicas e complexas matérias têm aportado no âmbito do Poder Judiciário em razão da complexidade da vida contemporânea. Para muito além de questões jurídicas, o Poder Judiciário tem sido constantemente provocado para apreciar questões para as quais não está preparado, em razão da falta de ferramentas para fazê-lo

⁴⁹³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 149, dez. 2012.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem, p. 149.

⁴⁹⁵ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180.

⁴⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DIANAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

(*expertise*). Questões relacionadas a direito concorrencial, direito marítimo, aviação, petróleo, telefonia, enfim, todas essas matérias têm recorrentemente aportado no Poder Judiciário.

Muitas dessas questões específicas, por exemplo, podem ser eficientes e adequadamente resolvidas pelas agências reguladoras correspondentes. Enquanto autarquias dotadas de autonomia reforçada (o que abrange garantias de seus membros), a atuação das agências reguladoras é revestida de caráter técnico, decorrente das inovações tecnológicas e da crescente complexidade do sistema social, que impõe, aos seus dirigentes e agentes, conhecimentos especializados para o exercício do seu grande feixe de atribuições, a saber, normativas, gerenciais, fiscalizadoras e também decisórias. Sucede que as decisões proferidas pelas agências estão sujeitas a controle judicial, por força da interpretação abrangente que se dá ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Os Tribunais de Contas, dotados de garantias capazes de assegurar a independência e a imparcialidade nos julgamentos, igualmente, em relação a determinadas questões específicas, parecem estar habilitados para realizar um julgamento mais adequado tecnicamente e importante socialmente quanto aquele que seria levado a efeito pelo Poder Judiciário, sobretudo considerando que suas decisões são tomadas mediante um devido processo legal, com participação dos interessados. Novamente aqui, apresenta-se a universalidade do acesso ao Poder Judiciário prevista constitucionalmente, que admite a sindicabilidade ilimitada das decisões das Cortes de Contas.

O Conselho Nacional de Justiça, por outro lado, é um órgão adequado para decidir a respeito de matérias específicas, relacionadas à fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, dos serviços auxiliares bem assim dos serviços notariais e de registro, tendo sido instituído justamente para esse propósito. Além disso, além de ser vinculado à estrutura do Poder Judiciário (CRFB/88, art. 92, I-A), é composto por membros de formação jurídica, todos escolhidos e regularmente investidos, segundo critérios constitucionais, para integrar um órgão voltado, como se disse acima, ao controle e fiscalização do Poder Judiciário, e que, por isso mesmo, traz esse anseio em sua composição e configuração.

Embora ostente natureza administrativa, o processo desenvolvido perante o Conselho Nacional de Justiça deve observar a cláusula do devido processo legal, apresentando-se, portanto, com um viés marcadamente garantista. Nesse sentido, permitido o controle ilimitado das decisões do CNJ pelo Poder Judiciário, no caso pelo Supremo Tribunal Federal (CRFB/88, art. 5º, XXXV c/c art. 102, I, r), no bojo de um

processo judicial, assistir-se-á a um nítido dispêndio de atividades, em manifesto desprestígio ao que fora decidido na instância administrativa, e, de consequência, em manifesta afronta à eficiência.

Considerando que a separação de poderes, de acordo com o que fora analisado no capítulo 2, consagra, na realidade, uma separação de funções, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos, com competências próprias, não é leviano atribuir, em reverência à eficiência, o exercício da função jurisdicional a órgãos com *expertise* para tratar de determinadas matérias, ainda que não vinculados ao Poder Judiciário.

Por outro lado, sabendo-se que o exercício de um poder deve ser controlado, a fim de se verificar se não houve desbordo da competência ou se a atividade foi cumprida satisfatoriamente, mais do que oportuno se atribuir ao Poder Judiciário a possibilidade de controlar os atos praticados pela instância administrativa, até mesmo em função do sistema de *check and balances* (item 2.1.).

A questão, no entanto, é no estabelecimento dos limites para eventual controle judicial dessas decisões, ainda mais quando se sabe que a formação dos magistrados é jurídica e generalista. Aberto o espaço para a sindicabilidade pelo Poder Judiciário, pensa-se que o legislador pode fixar critérios para o controle das decisões administrativas, justamente por não ser o Judiciário o mais adequado para decidir certas matérias, à míngua de capacidade técnica e até estrutural para esse fim.

Veja-se, a propósito, a imposição do legislador no tocante à sentença arbitral. Nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade: o Poder Judiciário, quando eventualmente provocado, não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entende-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros. A competência se restringe à anulação por vícios formais.

As vias judiciárias, portanto, não necessariamente devem ser consideradas como solução principal para resolução das controvérsias. A depender do caso, as vias judiciárias devem ser tidas como alternativas. Muitas de outras medidas adjudicatórias de solução, algumas das quais foram tratadas no presente trabalho (capítulo 4), podem se revelar mais adequadas, se comparadas com o Poder Judiciário, em razão da estrutura e do conhecimento técnico de que se revestem.

De se registrar que esse entendimento está, ainda, em sintonia fina com o modelo multiportas, adotado no Brasil com o advento do CPC/2015, que traz a ideia de adequação como valor imanente.

Revela-se, portanto, equivocado admitir e generalizar, sem qualquer preocupação com a adequação, que todo e qualquer litígio tenha sua entrada franqueada e facilitada ao Poder Judiciário. Do mesmo modo, não mais se revela pertinente admitir que toda e qualquer decisão possa ilimitadamente ser controlada pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade deve ser entendido como o ingresso franqueado ao sistema jurídico, que deve produzir resultados adequados, com qualidade, tempestivos e efetivos.

É bem verdade que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, além de remédio vigoroso contra aventuras antidemocráticas, constitui elemento fundamental ao Estado Democrático de Direito, pelo que se revela imprescindível sua presença no rol constitucional de direitos fundamentais.

Entretanto, a resolução de conflitos através do Poder Judiciário é apenas uma das – inúmeras – possibilidades de se ter acesso à justiça, de se exercitar o direito de ação, enfim, de se ter acesso à jurisdição. Outros órgãos estatais, não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, podem ter melhores condições – estrutural e materialmente – de prestar a jurisdição, de modo que suas decisões não devem ser sindicáveis indiscriminadamente pelo Poder Judiciário. Tutela jurisdicional adequada não pode ser identificada exclusivamente com Poder Judiciário⁴⁹⁷. Propõe-se, portanto, uma interpretação evolutiva do texto constitucional, de modo a ajustar o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal à realidade do Estado contemporâneo.

5.4 Alguns sentidos do vocábulo poder no bojo da Constituição Federal e o questionamento que se formula: qual o sentido que deve ser dado ao vocábulo poder constante do art. 5º, XXXV?

Numerosas e de boa qualidade são as teorias que a doutrina constitucionalista brasileira tem formulado a respeito da significação do **poder**⁴⁹⁸. Carlos Ayres Britto, no entanto, em estudo levado a efeito ainda sob a égide da Constituição de 1969, mas absolutamente aplicável à realidade atual, se ocupou de focalizar, em bases científicas, o

⁴⁹⁷ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180.

⁴⁹⁸ A respeito do tema, conferir: DANTAS, Ivo. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

sentido que se poderia extrair do termo **poder** tomando por base o corpo da Constituição Federal, ou seja, o ordenamento jurídico positivo, e não considerando o sentido metajurídico ou coloquial do termo⁴⁹⁹. De acordo com o entendimento do referido constitucionalista, o termo **poder** pode aparecer no texto constitucional pelo menos em quatro sentidos diferentes.

Com efeito, o vocábulo **poder**, efetivamente, não toma assento no texto constitucional em apenas um sentido, aparecendo em acepções distintas e perfeitamente caracterizadas, a depender do contexto em que é colocado⁵⁰⁰.

Com base no estudo acima mencionado, serão analisados alguns sentidos do vocábulo **poder** no corpo da Constituição Federal de 1988, sobretudo porque esse esforço será de suma importância para que se compreenda, doravante, o que se defende no presente trabalho.

É possível se extrair o primeiro sentido da palavra **poder** logo do parágrafo único do art. 1º da CRFB/88, que estabelece que “Todo o **poder** emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O vocábulo **poder**, aí, está a significar “Poder Nacional” ou “Poder Constituinte”, cuja expressão formal mais eminente é a própria Constituição da República⁵⁰¹.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que o Poder Constituinte estabelece a organização jurídica fundamental. É o Poder Constituinte que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma e limites de ação do Estado, dos seus órgãos, ao modo de aquisição e exercício do governo, tratando de prever, ainda, as regras referentes às bases do ordenamento econômico e social⁵⁰².

⁴⁹⁹ “Assim é que os tratados, monografias, manuais didáticos, ensaios e outros gêneros menores da literatura jurídica têm ministrado explicações para o significado do vocábulo, isolado ou sob a forma das locuções ‘poder político’, ‘poderes do Estado’, ‘poder governamental’ e expressões assemelhadas, mas sempre sob o referencial teórico a ser universalmente aceito. Noutro falar, referencial que se não destina a revelar aquele específico sentido em que o poder é utilizado na Constituição Política do Brasil”. BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 60, jan./mar. 1982. Também reconhecendo os vários significados do termo *poder* no texto constitucional: MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 117-118. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61-62.

⁵⁰⁰ BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 60-64, jan./mar. 1982. Também reconhecendo os vários significados do termo **poder** no texto constitucional: MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 117-118; ALBUQUERQUE ROCHA, José de. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61-62.

⁵⁰¹ BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 61, jan./mar. 1982.

⁵⁰² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

Nesse sentido, o **poder** seria anterior à constituição do Estado, e, logicamente, aos seus órgãos. A fonte primária desse poder seria o povo. Embora pertença ao povo, o Poder Constituinte é exercido pelos seus representantes; daí a diferença entre titularidade e exercício do Poder Constituinte.

O vocábulo **poder**, de acordo com o art. 1º da CF/88, representaria, portanto, a mais autêntica expressão da soberania popular, porque apto a constituir o próprio Estado e seus órgãos governativos.

Aqui, não se trata de poderes do Estado, ou ‘poderes estatais’, porque, como visto, respeitante a uma realidade humana que é a causa primeira da própria organização estatal: o povo. Dele é que todo poder originariamente promana e em seu nome é que pode ser, legitimamente, exercido. Exercício que opera, por sua vez, segundo o princípio da representatividade política ou da democracia representativa, nos termos, forma e condições ditados pelo próprio povo. Tal Poder Constituinte é o que elabora e promulga a Constituição Política, em cujo corpo se estruturam, não só o Estado e o Governo, mas também se lançam as bases da ordem econômico-social do País e se declaram, como se garantem, os direitos fundamentais da pessoa humana. Noutro dizer, o poder que tem a Nação para constituir a pessoa política que vai jurisdicioná-la – o Estado – e para dispor sobre a regência do seu próprio destino, elegendo os seus superiores objetivos de vida e escolhendo os meios que entender necessários ao alcance deles⁵⁰³.

De acordo com a lógica ora proposta, portanto, fazendo-se a substituição dos termos (poder = Poder Constituinte) ter-se-ia a seguinte construção para o referido parágrafo único do art. 1º da CF/88: “O **Poder Constituinte** emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O art. 2º da CRFB/88 já contemplaria um outro sentido para o vocábulo **poder**, diferente daquele “Poder Constituinte” ou “Poder Nacional”, tal como fora tomado no parágrafo único do art. 1º. Eis o texto do dito art. 2º: “São **poderes** da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nessa segunda concepção, tem-se que se está diante de um **poder** já constituído. A palavra **poder**, nesse contexto, é sinônimo de “Órgão do Estado”, “Órgão Estatal”, “Poder do Estado”, de modo a representar o sistema de **órgãos** em que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se constituem, como partes estruturais ou necessariamente componenciais da pessoa jurídica União⁵⁰⁴. Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos, os

⁵⁰³ BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 61, jan./mar. 1982.

⁵⁰⁴ Idem, ibidem, p. 61.

órgãos são “os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”⁵⁰⁵.

Conforme foi analisado no capítulo 2, o poder político ou soberano concentra-se num **órgão** único (como ocorria nas monarquias absolutas) ou, então, é exercido pelos diversos **órgãos** do Estado⁵⁰⁶.

Como sabido, o Brasil adotou a chamada divisão de poderes (capítulo 2). Porém, não se tem uma separação de poderes, mas, sim, uma **divisão de órgãos** ou **separação relativa de órgãos** para exercitarem as distintas **funções** do Estado, atribuindo-se o seu exercício a diferentes titulares, e de interdependência e de controle entre as referidas funções, evitando-se o arbítrio de um poder soberano. É por isso que se diz que estão equivocados aqueles que utilizam a expressão tripartição de poderes⁵⁰⁷. É que o poder é uma unidade, constituindo um atributo do Estado. A distinção não se dá entre os Poderes, mas, sim, entre os órgãos desempenhantes de funções (item 2.2.1.).

No mesmo sentido é o magistério de Cândido Rangel Dinamarco, para quem, nos termos do art. 2º da CRFB/88, o vocábulo **poder** “representa cada um dos setores nos quais se situam os agentes do Estado e entre os quais se reparte as competências segundo dispõe a Constituição”⁵⁰⁸.

A palavra **poder**, portanto, nesse contexto do art. 2º da CRFB/88, é sinônimo de **órgão do estado**, de modo a representar o sistema de **órgãos** em que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se constituem⁵⁰⁹. Fazendo a substituição (poder = órgãos do Estado), portanto, ter-se-ia o seguinte: “São **órgãos do Estado**, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nesse mesmo sentido é que a CRFB/88 fala, por exemplo, no art. 29-A que “O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais...”.

Também é possível se encontrar no texto constitucional o vocábulo **poder** num terceiro sentido, como equivalente a Estado ou pessoa pública política de base territorial. O vocábulo **poder**, sobretudo quando constitutivo da locução “poder público”, é também

⁵⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 340

⁵⁰⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

⁵⁰⁷ DANTAS, Ivo. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 304; MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, 20 ed., p. 118; LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590.

⁵⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198.

⁵⁰⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590.

utilizado pela Constituição como equivalente a “Estado”. Estado, diga-se, de modo compreensivo de qualquer um dos entes federativos.

É o caso do art. 194 da CRFB/88, que prevê: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Veja-se, a propósito, que esse sentido acaba sendo corroborado com o texto do art. 195 da CRFB/88, que estabelece justamente que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras contribuições sociais que o dispositivo enuncia.

Efetuando-se a substituição do vocábulo poder constante do art. 194 da CRFB/88 (poder público = Estado), ter-se-ia a seguinte construção: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Estado e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Também assim o §8º do art. 37, que prevê que “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público...”

Veja-se que a locução “poder público”, nos citados dispositivos, não assume nenhum dos sentidos anteriormente mencionados, mas com uma acepção nova, que somente se compadece com a figura mesma das pessoas políticas territoriais. Poder Público, nesse passo, são a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, que devem, por exemplo, tomar a iniciativa de promover ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em um quarto sentido, a palavra **poder** aparece como sinônimo de **função**, **faculdade de ação** ou **competência** para agir em determinada faixa de atividade jurídica.

O art. 44 da CRFB/88, por exemplo, prevê que “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. A expressão “Poder Legislativo”, pelo menos nesse contexto, deve ser entendida não naquela acepção subjetiva de órgão da pessoa União, constante do art. 2º da CRFB/88, mas no sentido objetivo de parcela ou fração de competência política, de

caráter legiferante⁵¹⁰. É dizer: a competência para legislar assiste ao Congresso Brasileiro, ou, ainda: “A **função** legislativa é exercida pelo Congresso Nacional”.

O mesmo ocorre com o art. 76, ao prescrever que “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. A expressão “Poder Executivo”, nessa hipótese, representa a função executiva e não naquela acepção subjetiva de órgão da pessoa União.

A mesma lógica deve ser aplicada no tocante à expressão “Poder Judiciário”, constante do art. 92 da CRFB/88, que se encontra assim vazado: “São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho...”.

O legislador constituinte, ao estabelecer, no referido art. 92, que “São órgãos do Poder Judiciário...”, não está a tratar do “Poder Judiciário” enquanto órgão da pessoa jurídica União. Está, na verdade, a elencar os órgãos do Poder Judiciário que exercem a função jurisdicional.

Nesse sentido, prospera a ponderação de Pedro Lenza, para quem as Constituições de 1946 e 1967 e a EC nº 1/69 adotaram uma redação melhor do que a do atual art. 92, uma vez que seguiram o mesmo padrão redacional que foi utilizado para tratar dos outros Poderes⁵¹¹. Todos os dispositivos mencionados nos textos constitucionais mencionados, correspondentes ao atual art. 92 da CRFB/88, apresentavam a seguinte redação: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos”⁵¹².

De qualquer forma, tanto o art. 76 quanto o art. 92, ambos da CRFB/88, ficariam melhor redigidos da seguinte forma: “A **função** executiva é exercida pelo Presidente da

⁵¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590.

⁵¹¹ Idem, ibidem, p. 590. Em sentido contrário, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “Não é correto dizer, como dizia o art. 107 da Constituição Federal de 1967 (emenda n. 1), que o Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos”, corrigindo o erro, a Constituição de 1988 diz simplesmente: “são órgãos do Poder Judiciário” o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os demais Tribunais Superiores etc. (art. 92)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198.

⁵¹² CF/1946, art. 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunal Federal de Recursos e Juizes Federais; III - Tribunais e Juizes Militares; IV - Tribunais e Juizes Eleitorais; V - Tribunais e Juizes do Trabalho. CF/1967, art. 107 - O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunais Federais de Recursos e Juizes Federais; III - Tribunais e Juizes Militares; IV - Tribunais e Juizes Eleitorais; V - Tribunais e Juizes do Trabalho. CF, art. 112. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I - Supremo Tribunal Federal; II - Tribunais Federais de Recursos e juizes federais; III - Tribunais e juizes militares; IV - Tribunais e juizes eleitorais; V - Tribunais e juizes do Trabalho; VI - Tribunais e juizes estaduais. *Parágrafo único*. Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processo e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes.

República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. O art. 92: “A **função** jurisdicional é desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça...”.

Trata-se, portanto, de um outro significado da palavra **poder**, compreendido como faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica.

Dessa construção é possível dizer que “o ‘órgão-Poder’ exerce o ‘poder-competência’, dado que a palavra *poder* tanto pode referir-se a qualquer dos três órgãos estruturais do Estado, quanto à capacidade ou *facultas agendi* de cada um deles”⁵¹³.

De tudo que foi até aqui exposto, de se reconhecer que o termo **poder** não aparece com o mesmo significado no texto constitucional. Conforme já mencionado no início deste capítulo, os textos jurídicos podem ser objeto de interpretação. O legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários.

Dentro desse contexto, cumpre formular o seguinte questionamento, já anunciado no título do presente tópico: considerando o Estado contemporâneo, qual o sentido que deve ser dado ao vocábulo **poder** constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988?

5.5 A tese e uma proposta de interpretação evolutiva do art. 5º, XXXV, da CRFB/88

Para que melhor se compreenda o que será a seguir defendido, cumpre novamente transcrever o texto constante no art. 5º, XXXV da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como já analisado nos tópicos anteriores, o referido dispositivo constitucional, de acordo com a interpretação que lhe é dada clássica e tradicionalmente, veda qualquer forma de exclusão de apreciação de litígios pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, a interpretação que tem predominado é a que garante o amplo acesso ao Poder Judiciário, “sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição”⁵¹⁴.

⁵¹³ BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 63, jan./mar. 1982, com grifos no original.

⁵¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 23, out./dez 2002.

Conforme também já consignado (item 5.1.), não obstante o texto normativo mencione que “a lei não excluirá”, o comando constitucional vem sendo entendido no sentido de obrigar não apenas o legislador, mas também o aplicador do direito, juiz ou administrador, impedindo qualquer forma de limitação à prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário⁵¹⁵.

Alguns autores já propuseram uma releitura do princípio previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Camilo Zufelato, por exemplo, cujo texto em muito influenciou as ideias que ora estão sendo defendidas no presente trabalho, entende que a essência da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser compreendida como sendo “a possibilidade de apreciação de pretensão que não tem outra *forma adequada de solução*”⁵¹⁶. Isso implicaria, segundo o autor, em restrição legítima à intervenção judicial a certos aspectos da decisão administrativa⁵¹⁷.

Carlos Alberto Salles, igualmente, defende que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ter reexaminado o seu conteúdo⁵¹⁸, afigurando-se necessário que o “processo civil crie mecanismos aptos a permitir a convivência integrada da jurisdição estatal com os mecanismos de solução de controvérsias de variada espécie”⁵¹⁹.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁵²⁰ também propõe uma releitura atualizada e contextualizada do princípio, a fim de preservar sua utilidade e mantê-lo aderente às novas circunstâncias e necessidades da massificada e conflituosa sociedade contemporânea, comprimida num mundo de economia globalizada (item 1.1.). O referido

⁵¹⁵ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 186; SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-797;

⁵¹⁶ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 180.

⁵¹⁷ Idem, ibidem, 2013, p. 183.

⁵¹⁸ SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 792.

⁵¹⁹ Idem, ibidem, p. 792.

⁵²⁰ MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 135-176, dez. 2012.

autor chegou a sugerir, quando ainda tramitava o Projeto de Lei da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, uma adição ao art. 3º⁵²¹, nos seguintes termos:

A lei indicará os casos em que a pretensão deverá ser previamente exposta à contraparte ou em que o conflito deverá ser antes submetido a agentes, órgãos ou instâncias do setor público ou privado, adequados à matéria, incentivando-se a utilização de meios auto ou heterocompositivos⁵²².

A previsão constante do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, deve, de fato, encontrar sua essência na possibilidade de o jurisdicionado ter garantia de acesso à ordem jurídica justa, ou seja, de buscar uma tutela jurisdicional adequada e não necessariamente de ter aberto o caminho para levar toda e qualquer questão para apreciação do Poder Judiciário. E é absolutamente possível, a partir da interpretação do texto constitucional, se chegar a essa compreensão.

Com base no estudo levado a efeito pelo professor Carlos Ayres Britto (item 5.4.), viu-se que o vocábulo **poder** aparece no texto da Constituição Federal pelo menos em quatro sentidos distintos, a saber: 1) poder = Poder Constituinte; 2) poder = órgãos do Estado; 3) poder = Estado ou pessoa pública política de base territorial; e, 4) poder = função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica.

Para facilitar a visualização, sintetiza-se a ideia do professor Carlos Ayres Britto na tabela abaixo, que traz alguns dispositivos constitucionais que contêm em seu texto o vocábulo **poder**, com variação de sentido, a depender do contexto em que é colocado:

⁵²¹ Quando Rodolfo Camargo Mancuso fez a proposta de *lege ferenda* citada no corpo do presente trabalho, o art. 3º do PL da Câmara Federal nº 8.046/2010 apresentava a seguinte redação: art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.

⁵²² MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 175, dez. 2012.

Indicação do dispositivo constitucional	Texto do dispositivo como consta da Constituição Federal	Significado do vocábulo poder atribuído por Carlos Ayres Britto	Redação do dispositivo após a interpretação do seu texto, atribuindo sentido ao vocábulo <i>poder</i>
CRFB/88, art. 1º	“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.	poder = Poder Constituinte	O Poder Constituinte emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
CRFB/88, art. 2º	“São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.	poder = órgãos estatais	São órgãos do Estado , independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
CRFB/88, art. 194	“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.	poder = Estado ou pessoa pública política de base territorial	A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Estado e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
CRFB/88, art. 44	“O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.	poder = função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica	A função legislativa é exercida pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
CRFB/88, art. 76	“O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.	poder = função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica	A função executiva é exercida pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Cumpre analisar, então, qual o significado a ser dado ao vocábulo **poder** constante do art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Quando o texto normativo estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do **Poder** Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o vocábulo

poder deve ser compreendido como órgão, de modo a indicar que toda e qualquer questão pode ser apreciada pelo Poder Judiciário? É realmente essa a interpretação que deve prevalecer?

Quando o texto constitucional prevê, no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do **Poder** Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tem-se que a melhor interpretação a ser dada é no sentido de que o termo **poder**, nesse caso, não quer significar **órgão** (Poder Judiciário), mas, sim, **função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica**. A leitura do texto constitucional, com base nessa lógica, seria a seguinte: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”. Para melhor visualização, eis a proposta:

Indicação do dispositivo constitucional	Redação do dispositivo como consta da Constituição Federal	Significado do vocábulo poder proposto no presente estudo	Redação do dispositivo após a interpretação do seu texto, atribuindo sentido ao vocábulo <i>poder</i>
CRFB/88, art. 5º, XXXV	“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.	poder = função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica	A lei não excluirá da função jurisdicional lesão ou ameaça a direito.

Essa interpretação que ora se propõe seja atribuída ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88 pode ser alcançada mediante uma mutação do texto constitucional⁵²³, para que o dispositivo se adeque à realidade contemporânea.

Com efeito, os textos constitucionais devem ser interpretados evolutivamente. Novos sentidos devem ser atribuídos aos dispositivos da Constituição, considerando mudanças históricas e dados sociais supervenientes, inicialmente não cogitados pelo

⁵²³ “[...] a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-127.

legislador constituinte⁵²⁴. Essa adaptação, naturalmente, pressupõe postura dinâmica do intérprete, que deve estar atento para que a Constituição continue dando respostas necessárias e adequadas às diferentes demandas e exigências sociais.

Conforme já destacado nos tópicos anteriores, não mais se revela adequado empreender uma interpretação ampla do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a permitir que toda e qualquer matéria seja apreciada pelo Poder Judiciário. Outros órgãos públicos, ainda que não vinculados à estrutura do Poder Judiciário, podem ter mais aptidão – e, portanto, serem mais adequados – para solucionar determinadas controvérsias.

Veja-se que esse entendimento encaixa perfeitamente com a interpretação constitucionalmente adequada do princípio da separação de poderes (capítulo 2). De fato, numa vertente contemporânea, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido numa perspectiva de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais, com competências próprias, ou seja, como uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas.

A separação de poderes representa, na verdade, uma divisão de órgãos ou separação relativa de órgãos para exercitarem as distintas funções do Estado: uma coisa é o Poder do Estado, uno e indivisível; outra coisa é a diversidade de funções, com a correspondente diversidade de órgãos.

Veja-se, também, que o entendimento ora apresentado está em sintonia fina com o sistema multiportas, adotado no Brasil, que admite a existência de vários meios integrados de resolução de controvérsias. A partir do momento que se assume a interpretação de que não se deve excluir da função jurisdicional lesão ou ameaça a direito, afasta-se a possibilidade ampla e ilimitada de acesso ao Poder Judiciário.

De se registrar, ainda como reforço de argumentação, que a interpretação proposta para o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tal como defendida no presente trabalho, está em absoluta harmonia com o CPC/2015. Enquanto o texto constitucional estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do **Poder** Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o art. 3º do CPC/2015, prevê que “Não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito”.

A sutil diferença entre o texto constitucional e aquela empregada pela codificação processual revela uma realidade imposta pelo Estado contemporâneo: verificada uma lesão ou ameaça de lesão a direito, as partes têm a possibilidade de buscar

⁵²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.

a apreciação jurisdicional, independentemente de ser ela exercida pelo Poder Judiciário, por outros entes privados ou, ainda, por órgãos estatais não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário. A função jurisdicional há – sim – de ser adequada.

Diante desse contexto, não parece acertado dizer que o art. 3º do CPC/2015 se limita a reproduzir o texto constitucional⁵²⁵. Há ainda quem defenda que o legislador infraconstitucional tratou de densificar a proteção prevista na Constituição Federal⁵²⁶. O fato é que para além de prever o acesso ao Poder Judiciário, avança-se na direção do acesso à função jurisdicional adequada.

Quando o CPC/2015, expressa e categoricamente, faz referência ao vocábulo **apreciação jurisdicional**, além de deixar claro que a jurisdição não é prestada somente por órgãos do Poder Judiciário – já que outros órgãos exercem a função jurisdicional –, o dispositivo afasta a possibilidade, ainda hoje vigente, de controle ilimitado pelo Poder Judiciário, das decisões proferidas no âmbito da Administração Pública. Trata-se, pois, de mudança paradigmática, que corrobora, repita-se, a ideia de que se deve buscar outras formas mais adequadas de resolução de controvérsias. Sobre o dispositivo constante do CPC/2015, Fredie Didier Jr. pontua:

O *caput* do art. 3º do CPC praticamente reproduziu o dispositivo constitucional. A única mudança digna de registro foi a troca de ‘apreciação do Poder Judiciário’ por ‘apreciação jurisdicional’. A mudança é correta, pois a jurisdição pode ser exercida fora do Poder Judiciário, com acontece no caso em que o Senado exerce jurisdição e na arbitragem⁵²⁷.

É oportuno mencionar que quando ainda tramitava o projeto de lei que visava instituir o Novo Código de Processo Civil, discutiu-se acerca da disposição do art. 3º,

⁵²⁵ SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 167.

⁵²⁶ “Agora, importante a realização de uma leitura mais atenta do projetado artigo 3º do Código de Processo Civil, tendo em vista que densifica um pouco mais o atual direito de acesso do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, alocando no texto processual a possibilidade da realização da arbitragem, do incentivo à solução consensual dos conflitos, mostrando, inclusive, alguns caminhos, como a conciliação e a mediação, assim também deixando em aberto novas modalidades, incentivando aos profissionais do Direito que estimulem os meios alternativos de resolução de conflitos”. JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro – repetições e inovações. JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro – repetições e inovações. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 87, p. 5, jul./set. 2014.

⁵²⁷ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 177.

conforme noticia Bernardo Silva de Lima, que chegou a apresentar sugestões para alterar o dispositivo. Eis o relato do referido processualista:

Em um primeiro momento, sugerimos a alteração do texto para a seguinte redação: Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei. A proposta pretendia esclarecer que o Poder Judiciário não era – como se provou não ser – a única via de atuação do poder jurisdicional do Estado. Contudo, o prof. Fredie Didier Jr., tomando ciência da nossa sugestão, propôs um novo texto, mais simplificado e discreto, ao qual imediatamente aderi e, nesta oportunidade, defendo como proposta de alteração ao art. 3º do Novo Código de Processo Civil [que veio a ser o texto ao final aprovado]⁵²⁸.

É importante destacar que não se está a pretender fazer a leitura da Constituição Federal ou compreender seus institutos tomando por base o CPC/2015. Muito ao contrário. Como é de todos sabido, os diplomas normativos devem ser compreendidos a partir do texto constitucional, sendo certo que é a Constituição Federal o centro normativo⁵²⁹ de todo o sistema jurídico⁵³⁰. O direito processual civil, como não poderia deixar de ser, é indissociável do conjunto formado pelas normas e pelos valores consagrados na Constituição Federal⁵³¹. Aliás, essa ideia já é posta logo no art. 1º do CPC/2015⁵³².

Como se disse, está a se propor uma interpretação evolutiva, que é aquela que deve ser realizada de modo a atribuir-se novos sentidos aos dispositivos da Constituição, sem, contudo, atentar contra sua essência, mas considerando mudanças históricas e dados políticos e sociais supervenientes, inicialmente não cogitados pelo legislador constituinte.

A resolução de conflitos através do Poder Judiciário é apenas uma das – inúmeras – possibilidades de se ter acesso à justiça, de se exercitar o direito de ação, enfim, de se ter acesso à jurisdição. Determinados órgãos estatais, não vinculados à

⁵²⁸ SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 183.

⁵²⁹ Sobre a força normativa da Constituição, conferir: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁵³⁰ Sobre o tema, confira-se: DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**: edição histórica. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵³¹ VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). **Novas tendências do processo civil**. Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 635.

⁵³² CPC, 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.

estrutura do Poder Judiciário, também têm aptidão – estrutural, material e tecnicamente – para exercer adequadamente a jurisdição. Além disso, julgado processo administrativo por determinados órgãos, não se deve admitir o controle ilimitado do mérito daquelas decisões pelo Poder Judiciário. Tutela jurisdicional adequada não pode ser identificada exclusivamente com Poder Judiciário.

A partir do momento em que se compreende o vocábulo poder, constante do art. 5º, XXXV, da CF/88, como sinônimo de função, ou seja, como faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica, não mais pode subsistir a ideia de irrestrito acesso ao Poder Judiciário e, igualmente, de controle ilimitado pelo Poder Judiciário das decisões proferidas por órgãos administrativos. **Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional adquire uma feição prestacional, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para muito além disso, de uma prestação a ser ativamente atendida pelo Estado.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

01. O advento da chamada pós-modernidade impactou na configuração da sociedade e do Estado, e, conseqüentemente, no Poder Judiciário e no sistema de resolução de conflitos. Constatou-se que o processo judicial clássico, como ferramenta do Poder Judiciário para prestar a jurisdição, nem sempre representava a melhor, única e mais adequada forma de solução para todo e qualquer conflito. A partir daí, assistiu-se a uma série de reformas no sistema de justiça civil de diversos países para difundir e incorporar os chamados meios alternativos de solução de conflitos.

02. Falava-se, tradicionalmente, em meios alternativos de resolução de conflitos. Atualmente, porém, faz-se referência a meios adequados de resolução de controvérsias. Para cada tipo de controvérsia seria adequada uma forma de solução. Da ideia de alternatividade, migra-se, portanto, para a de adequação, com o reconhecimento de que existem variadas formas adequadas de se resolver uma disputa, todas em igualdade de importância em relação ao processo judicial.

03. O ordenamento processual brasileiro adotou o chamado modelo multiportas, que indica que existem vários meios adequados de resolução de controvérsias. Além de garantir o acesso à jurisdição numa concepção clássica, adjudicada pelos órgãos vinculados ao Poder Judiciário, o legislador cuidou de deixar assegurada a arbitragem, estabelecendo, ainda, um dever de estímulo à autocomposição.

04. Numa vertente contemporânea, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido numa perspectiva de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais, com competências próprias, ou seja, como uma técnica de divisão de trabalho entre setores que desempenham atividades políticas. Diante dessa necessidade de especializar as funções, a separação dos poderes, dentre outras coisas, passa a ter o objetivo de aumentar a eficiência do Estado.

05. Já que a atual compreensão da teoria da separação de poderes consiste numa separação funcional, ou seja, numa mera divisão de trabalho, e, mais, considerando que dita construção teórica deve também estar voltada para o aumento da eficiência do Estado, deve o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem *expertise* no seu trato.

06. O princípio da separação de poderes, ainda seguindo uma interpretação atual e constitucionalmente adequada, determina a fiscalização e controle recíprocos entre os órgãos especializados, sem que se possa causar risco à higidez das competências funcionais do órgão controlado, bem como aos anseios da sociedade.

07. O princípio da separação de poderes impõe, também, que haja cooperação, harmonia, respeito, tolerância e equilíbrio entre os órgãos executores do poder político, tudo com vistas à realização do bem da coletividade e à promoção dos direitos fundamentais.

08. A tradição, que perdurou durante séculos, no sentido de que a jurisdição constituía monopólio do Estado, e, em particular, se via concentrada nas mãos do Poder Judiciário, se encontra superada, prevalecendo o entendimento de que a função jurisdicional também pode ser exercida por entes privados. A natureza jurisdicional da arbitragem, além de corroborar a ideia de que a função jurisdicional não se confina nas vias judiciárias, constitui mais um forte indicador de que a contemporaneidade se volta para a busca de formas adequadas de resolução de conflitos.

09. O cenário atual impõe uma relação cooperativa entre o Poder Judiciário e o árbitro. O respeito às regras atributivas de competências é fundamental para o adequado funcionamento do sistema arbitral. Além de não poder interferir diretamente no processo arbitral e na opção das partes, que resolveram submeter a questão à jurisdição privada, também é vedado ao Poder Judiciário fazer qualquer investida para revisar o mérito do quanto decidido na arbitragem, substituindo, pelo seu entendimento, o que já fora decidido ou determinado pelo árbitro.

10. Não se vislumbra, na atualidade, uma diferença ontológica entre jurisdição e administração. Na verdade, em alguns casos, o que se verifica é um genuíno paralelismo entre esses dois universos.

11. A Constituição Federal de 1988 acata a processualização dos procedimentos estatais, porquanto emprega o termo processo (e não procedimento) quando trata do exercício das funções do Estado. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os corolários dali decorrentes.

12. O processo administrativo – que deve seguir o modelo traçado na Constituição – é também um meio adequado de resolução de controvérsia.

13. A complexidade dos problemas da Administração Pública exige conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão

aparelhados os juízes de carreira. Além disso, atualmente, observa-se um quadro que permite lastrear um maior grau de eficiência, racionalidade e legitimidade às decisões proferidas no âmbito da Administração Pública.

14. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado; o Tribunal de Contas, que, dentre inúmeras outras atribuições, controla as contas dos administradores e responsáveis por bens públicos; as Agências Reguladoras, criadas justamente para cuidar e fiscalizar a prestação de serviços públicos bem específicos, enfim, esses – e tantos outros – órgãos administrativos, que atuam em áreas técnicas e específicas, têm – ou podem ter – mais aptidão para prestar uma tutela adequada à sociedade.

15. O próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo vinculado à estrutura do Poder Judiciário, e, mais, composto, em sua maioria, por membros oriundos do referido Poder, tem aptidão para prestar uma tutela jurisdicional adequada ao julgar processos administrativos relacionados ao Poder Judiciário e seus serviços, sobretudo porque traz o anseio de controle na sua essência, tendo sido criado justamente para esse propósito.

16. Considerando que, em algumas circunstâncias, as matérias envolvidas são altamente técnicas e específicas, e que, por isso mesmo, exigem *expertise* no seu trato, entende-se ser absolutamente possível o estabelecimento de algumas regras, seja para atribuir competência de julgamento a órgãos administrativos mais adequados, seja para fins de controle das decisões por eles proferidas, quando do exercício da sua função jurisdicional.

17. A interpretação ampla que tem sido conferida ao art. 5º, XXXV, da CRFB/88 tem obstado uma consideração mais refletida a respeito do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e, nessa linha, vem funcionando como permissivo para que toda e qualquer questão seja apreciada pelas vias judiciais, mesmo quando se sabe que o Poder Judiciário, pela própria formação dos seus juízes, eminentemente jurídica e generalista, não detém *expertise* para lidar com determinadas matérias, que exigem um conhecimento mais técnico e específico no seu trato.

18. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional tem uma justificativa ligada ao regime ditatorial que o Brasil havia acabado de superar quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, de forma que deixar expresso o recurso ao Poder Judiciário como bastião da salvaguarda de direitos se mostrava relevante e oportuno. Era realmente natural que, naquele momento histórico, o princípio da

inafastabilidade do controle jurisdicional fosse contemplado, já que os princípios constantes do texto constitucional refletem justamente a reação de movimentos sociais frente ao abuso cometido no período antecedente à nova ordem que vem a se instaurar.

19. Na atualidade, revela-se equivocado admitir e generalizar, sem qualquer preocupação com a adequação, que todo e qualquer litígio tenha sua entrada franqueada e facilitada ao Poder Judiciário.

20. Órgãos administrativos, organizados com garantias de independência, exercem função jurisdicional, e, mais, lidam com matérias que exigem certa *expertise*, que fogem do universo ordinário do Poder Judiciário, razão por que têm aptidão para prestarem a função jurisdicional adequadamente, ainda mais quando se sabe que o processo administrativo, de viés marcadamente garantista, encerra um meio adequado de resolução de conflitos.

21. Em algumas circunstâncias, também não mais se revela pertinente admitir que toda e qualquer decisão possa ilimitadamente ser controlada pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser entendido como o ingresso franqueado ao sistema jurídico, que deve produzir resultados adequados, com qualidade, tempestivos e efetivos.

22. O vocábulo **poder** aparece em sentidos diferentes quando analisado o texto constitucional. O termo **poder** ora aparece como sinônimo de **Poder Constituinte** (CRFB/88, art. 1º); ora aparece como correspondente a **órgão** ou **complexo de órgãos** (CRFB/88, art. 2º); ora aparece como sinônimo de **Estado** (CRFB/88, art. 194); se identificando, ainda, num quarto sentido, como sinônimo de **função** ou **faixa de competência** (CRFB/88, art. 46).

23. A partir da constatação de que o vocábulo poder aparece em sentidos diversos no texto constitucional, propõe-se uma interpretação evolutiva do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, de modo a atribuir ao vocábulo poder ali constante o sentido de função, e não de Poder Judiciário enquanto órgão, como é tradicionalmente difundido. Com base nessa lógica, o texto normativo passaria a ostentar a seguinte redação: “a lei não excluirá da **função jurisdicional** lesão ou ameaça a direito”.

24. O dispositivo é dirigido ao legislador e ao órgão julgador. Considerando as habilidades técnicas exigidas para o trato de algumas matérias, o legislador deve editar regras atribuindo competência a órgãos mais adequados. Deve o legislador, ainda, estabelecer os limites para o controle pelo Poder Judiciário do quanto decidido na instância administrativa, como já fez em relação à arbitragem, onde o Poder Judiciário,

quando eventualmente provocado, não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito. O dispositivo ainda é dirigido ao órgão julgador competente para o exercício da função jurisdicional, que fica proibido de se eximir de responder ao pedido de tutela jurisdicional.

25. A interpretação proposta é reforçada pelo texto do CPC/2015, que, em seu art. 3º, prevê expressamente que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

26. A sutil diferença entre o texto constitucional e aquela empregada pela codificação processual revela uma realidade imposta pelo Estado contemporâneo: verificada uma lesão ou ameaça de lesão a direito, as partes têm a possibilidade de buscar a função jurisdicional, independentemente de ser ela exercida pelo Poder Judiciário, por outros entes privados ou, ainda, por órgãos estatais não necessariamente vinculados à estrutura do Poder Judiciário.

27. A função jurisdicional há – sim – de ser adequada. Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional adquire uma feição prestacional, ou seja, não de simples garantia passiva, mas, para muito além disso, de uma obrigação a ser ativamente prestada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Harmonia entre os poderes e governabilidade. **Revista de Direito do Estado**, n. 1, 25-35, jan./mar. 2006.

AGUIRRE CASTRO, Rodrigo Pironti. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Forum, 2005.

ALBUQUERQUE ROCHA, José de. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Processo de conhecimento, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANDREWS, Neil. *Arbitration and mediation in England*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, p. 107-129, set. 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Legalidade e regulamentos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 41, p. 284-310, out./dez. 2002.

ARAÚJO, Júlio César Manhães. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010.

ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro: parte geral**. Fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Direito fundamental do acesso à justiça. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. **O novo Código de Processo Civil**. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 47-61.

AURELIANO DE ALMEIDA, Paulstein. Natureza jurídica dos tribunais de contas, no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília: Advocacia Geral da União, n. 15, p. 201-212, mar. 2008.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Função jurisdicional das agências reguladoras. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 111, p. 148-161, jul./set. 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação de poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Rio Grande do Sul, n. 395, p. 79-111, set. 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. O controle externo é favorável ao Judiciário. *In*: **Opinião**. Folha de São Paulo, 15 de fevereiro de 2004.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: **Revista da EMERJ**, n. 23, p. 25-65, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética-pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 101, p. 161-168, jan./mar. 2001.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes. Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, n. 57, p. 137-142, dez. 2008. Disponível a partir de: < <https://periodicos.ufsc.br> >. Acesso em 10 nov. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____.; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **História do processo**. Romanismo e pandectismo nas teorizações da ação. Belo Horizonte: Líder, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. Os sentidos do vocábulo “poder” na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 60-64, jan./mar. 1982.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. Vol. 1. Teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no Direito Processual Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 27, p. 12-26, jul./dez. 1982.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**: São Paulo, n. 147, 123-146, mai./2007.

_____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Entre continuidades e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivum, 2014.

_____. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**: São Paulo, n. 231, 201-223, maio/2014.

_____.; Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Disponível a partir de <<http://periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Insticiones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código**. Tradução espanhola: Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. 1.

_____. **Direito Processual Civil**. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CALANZANI, José João. **O itinerário da toga**. Belo Horizonte: Inédita, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 245-258.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

_____. Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide Access-to-justice movement. *In*: **The moderne law reviews**. v. 56. n. 3, Londres: Modern Law Review, mai./1993, p. 282-296.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARDIM DE ALMEIDA, Fabricio Antonio. Introdução. *In*: CARDIM DE ALMEIDA, Fabricio Antonio. (coord.). **Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 26.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 140, p. 151-183, jun. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Juridicção – noções fundamentais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 09-22, jul./set. 1980.

_____. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. I, 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. 1

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO NUNES. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. **Revista Forense**. São Paulo, vol. LXXVIII, Ano XXXVI, fascículo 430, abr. 1939, p. 459.

_____. Instituições de direito processual civil. Tradução: J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. 2.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. 3. ed. vol. II. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CLAY, Thomas. **L'arbitre**. Paris: Dalloz, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA E SILVA, Paula. **A nova face da justiça**. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo**. Tradução: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

_____. A jurisdição. Tradução: Jacy de Assis. **Revista de Direito Processual**. Uberaba: Forense, n. 10, p. 37-53, 2º trim. 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários à Constituição de 1988**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, v. IV.

_____. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, ano 77, vol. 631, p. 14-23, mai./1988.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

_____; LESSA, João. A mediação e a conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). Parte Geral. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 259-270.

_____. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentários aos arts. 1º a 12. In: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 27-60.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: 2007.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. *In*: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 485-508.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **O valor da Constituição**: edição histórica. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, p. 23-31, out./dez 2002.

_____. **O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Disponível a partir de: <<http://www.tex.pro.br/home>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

_____; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In*: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35-66.

_____; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Vocabulário do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Uma carinhosa mensagem de Enrico Tullio Liebman. *In*: LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. Breves lições sobre jurisdição, processo e ação em Francesco Carnelutti. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 10, p. 35-53, ago./dez. 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 8. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belho Horizonte: Del Rey, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Pádua, CEDAM, 1994.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. Tradução: Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 2007.

FEIJÓ, Maria Angélica E. F.. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC. Vol. 1. Doutrina Seleccionada. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 135-166.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na administração pública**. 2. ed. DF: Brasília Jurídica, 1998.

FERREIRA DE LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. A coisa julgada no direito canônico e suas possíveis contribuições ao direito processual civil. **Revista da Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. N. 15, p. 105-118.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 231-260.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. I.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 106, p. 189-216, jul. 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. Art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Franklin Batista. **O processo administrativo para obtenção de registro de marca: noções e fluxograma**. Disponível a partir de <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

GONÇALVES SANTOS, Leide Maria. O devido processo legal e suas repercussões no âmbito do processo administrativo. In: ZAGANELLI, Margareth (coord.). **Estudos de História do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118;

GRADI, Marco. La mediazione e La conciliazione delle controversie civili. In: PUNZI, C.. **Il processo civile. Sistema e problematiche, le riforme del quinquennio 2010-2014**. Torino: Giappichelli, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, vol. 01. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 52, p. 71-76, mar./abr., 2008.

_____. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 41, p. 61-67, mai./jun. 2006.

_____. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

GONÇALVES, Valdir F.. **O espírito democrático da Revolução Francesa**. Tese de concurso à cadeira de História da Civilização (História Geral) da Escola Normal Oficial do Piauí. Teresina: D.E.I.P, 1945.

GONÇALVES NETO, Francisco. Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 201-211, jul./set.2003.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUEDES DA SILVA, Armindo. **Tribunais de duplo grau de jurisdição**. Fórmula para descentralizar a Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

JARDIM, Afrânio da Silva. Notas sobre a teoria da jurisdição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 46, p. 198-212, abr./jun. 1987.

JAUERNING, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed. Tradução: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina 2002.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro – repetições e inovações. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 87, p. 1-10, jul./set. 2014.

_____. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa**. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORGE MIRANDA. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2004, t. III.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTO, A. Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. México: Nacional, 1975, p. 31.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 1992.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 8, t. 1.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. VIII, tomo I.

_____. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson. Os efeitos da renúncia no *impeachment*. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 175, p. 79-111, nov./dez. 2012;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LESSA NETO, João Luiz. **Arbitragem e Poder Judiciário**. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, João Batista. Natureza jurídica do processo e conceito de tutela jurisdicional. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 505-513.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, vol. 2.

LORENCINI, Bruno César. A relação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Poder Judiciário. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagao (orgs.). **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 171-185.

LUCIANO OLIVEIRA. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível a partir de <<http://www.esmape.com.br>> Acesso em 01 ago. 2014. Acesso em 12. fev. 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**. Crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 926, p. 135-178, dez. 2012.

MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 149, p. 53-60, jan./mar. 2001

_____. Competência do Tribunal de Contas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais**. Direito Constitucional: organização dos poderes da República. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 1147-1153.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina da atividade estatal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 261-285.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio, 1918.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELO ROCHA, Joyce Michelle de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e o “aparente conflito” com a tripartição dos poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 83, p. 37-61, abr./jun. 2013.

MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo**. Mexico: Nacional, 1980.

MICHEL TEMER. **Elementos de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 183, p. 165-194, mai. 2010.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. A natureza jurídica dos julgamentos proferidos pelos Tribunais de Contas no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, n. 8, p. 934-949, ago./2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 142–153, jul./set. 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.

MOTTA, Francisco José Borges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Comentários aos arts. 16 a 20. *In*: STRECK, Lenio Luiz; DIERLE NUNES; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Comentários ao código de processo civil**. De acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64-70.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. Processo Civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Jair Lins. O papel do Tribunal de Contas no exame das contas globais da municipalidade e na apreciação dos atos do prefeito como ordenador de despesa. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 210, p. 219-231, out./dez. 1997.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 300 questões de concursos públicos**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *In*: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 91-108.

PEDRO CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 3.ed.: São Paulo, 1949.

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

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 91, p. 203-212, jul./set. 1998.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. *In*: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 3.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PRATA, Edson. Jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 27, p. 39-72, 3º bim. 1981.

REALE, Miguel. Teoria geral do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Impeachment*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). Direito constitucional: organização dos poderes da República (coleção doutrinas essenciais; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 541-560.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**. Milão: Dott A Giuffrè, 1952, vol I.

REDONDO, Bruno Garcia. Conciliação e mediação. In: RODRIGUES WAMBIER, Luiz; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219-226

REIS, Sérgio Cabral. Reflexões sobre a arbitragem na perspectiva do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/2010 – Câmara dos Deputados). In: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). **Novas tendências do processo civil**. Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 669-693.

REZENDE DE ALMEIDA, Diogo Assumpção. O princípio da adequação e os métodos e solução de conflitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 195, p. 185-208, mai. 2011.

RIBEIRO DE OLIVEIRA, Eduardo. Sobre o conceito de jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Forense, vol. 18, p. 67-96, 2º tri. 1979.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, n. 136, out./dez. 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

ROSA, Eliezer. **Capítulos de História de Direito Processual Civil Brasileiro**. Cadernos de processo civil – 3. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1975.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALMEIDA DE SOUSA, Mariana. O sistema de múltiplas portas e o Judiciário brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792.

_____. Processo: procedimento dotado de normatividade – uma proposta de unificação conceitual. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 201-217.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

_____. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. *In dubio pro* contribuinte e o voto de qualidade nos julgamentos administrativos-tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 220, p. 21-38, jan. 2014.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, n. 47, jan./fev. 2008.

SHENNAN, J.H.. **A França antes da revolução**. Tradução: J. Santos Tavares. Lisboa: Gradiva, 1985.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.

SILVA DE LIMA, Bernardo. O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem. Estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O projeto do Novo Código de Processo Civil**. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 165-185.

SIMÃO NETO, Calil. O conteúdo jurídico do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: o direito de exigir uma prestação jurisdicional eficaz. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, p. 121-154, jan./mar. 2009.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 31, p. 57-73, abr./jun. 2000.

SOFIA TEMER. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Seção. Conflito de competência nº 111.230-DF. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Decisão por maioria. Brasília, 08.05.2013. DJ de 03.04.2014. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. 2ª Seção. Conflito de competência nº 146.939/PA. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Decisão unânime. Brasília, 23.11.2016. DJ de 30.11.2016. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. 3ª Turma. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 19.226/MS. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Decisão por maioria. Brasília, 21.06.2012. DJ de 29.06.2012. Disponível a partir de: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão por maioria. Brasília, 13.04.2005. DJ de 22.09.2006. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 27148, Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, 11.05.2011. DJ de 24.05.2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

_____. Tribunal Pleno. Pet. 4.556 Agr, Relator: Ministro Eros Grau. Decisão unânime. Brasília, 25.06.2009. DJ de 21.08.2009. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

_____. Tribunal Pleno. Sentença Estrangeira 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão por maioria. Brasília, 12.12.2001, DJ 30.04.2004. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

_____. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 631.240. Relator: Ministro Roberto Barroso. Decisão por maioria. Brasília, 03.09.2014. DJ 10.11.2014. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.07.2015.

STÖBER, Michael. Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimentos e reformas. Tradução de Antonio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 244, p. 361-380, jun. 2015.

TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e suas dimensões jurídico-constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 88, p. 81-98, jul./set 2014.

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 01, p. 63-92. Milano: Giuffrè, 2009.

_____. A confluência entre o processo objetivo e o processo coletivo no direito brasileiro e suas consequências. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, n. 5, p. 33-54, jan./dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 254.

_____; MILHORANZA. Jurisdição, hoje, no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 5, out./dez. 2008.

_____; AZAMBUJA DA CUNHA, Rodrigo. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 9, out.-dez/2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; DIERLE NUNES; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

VESCOVI, Enrique. Nuevas tendencias del derecho procesal civil, com especial referencia al processo latino-americano. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 20-34, jul./set. 1995.

_____. *Teoria general del proceso*. Segunda edición. Santa Fé de Bogotá, Colômbia, Temis, 1999.

VIANA, Salomão. O projeto do novo CPC e o modelo de organização processual escolhido pelo legislador – considerações sobre as normas fundamentais enunciadas nos

arts. 2º, 4º, 5º, 7º, 8º e 9º. *In*: FREIRE, Alexandre *et al* (coords.). **Novas tendências do processo civil**. Bahia: JusPodivm, 2014, v. 3, p. 635-668.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DIANAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zaniode de (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

_____. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556-561.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A interpretação do direito em tese e a atividade jurisdicional. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 110, p. 23-37, mai. 2012.

_____. Do *impeachment* do Vice-Presidente da República. **Revista dos Tribunais**, ano 105, vol. 968, p. 104-116, jun. 2016.

ZANETI JR., Hermes; XAVIER CABRAL, Trícia Navarro. Apresentação. *In*: DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Justiça multiportas**. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 5-10.

ZAVASKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 8.

_____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 166-200.