

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

HELIO ANTUNES CARLOS

**O MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO:
POSSIBILIDADES DE UM SISTEMA MAIS
PARTICIPATIVO**

VITÓRIA
2019

HELIO ANTUNES CARLOS

**O MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO:
POSSIBILIDADES DE UM SISTEMA MAIS
PARTICIPATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

VITÓRIA

2019

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

Carlos, Helio Antunes, 1981-

C284 O microssistema de autocomposição: possibilidades de um
m sistema mais participativo / Helio Antunes Carlos. - 2019.
 348 f. : il.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Autocomposição. 2. Tratamento de Conflitos. 3. Direito
Processual Civil. 4. Flexibilidade procedimental. I. Mazzei,
Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro
de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

HELIO ANTUNES CARLOS

O MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Aprovada em 07 de junho de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Orientador

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^a. Dr^o. Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^a. Dr^o. Flávia Pereira Hill
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

VITÓRIA

2019

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus, por sempre ter iluminado o meu caminho e me dado força para transformar cada obstáculo, com o qual me deparei, em um degrau.

Agradeço especialmente à minha amada esposa, Rosana, pelo companheirismo que sempre demonstrou ao longo desse percurso, mesmo sofrendo com meus recorrentes isolamentos para estudo. A sua compreensão e o seu apoio foram, sem dúvida, o meu sustento nos momentos mais difíceis. Também foi com ela que tive o prazer de compartilhar o sabor de cada conquista. Essa história é tão minha quanto dela.

Dedico esse trabalho aos meus pais, Hamilton e Regina, que sempre me amaram, incondicionalmente, e me ensinaram, desde cedo, o valor do trabalho e do estudo, além de forjarem a base do meu caráter, da minha ética e da minha moral. Agradeço aos meus irmãos, Hamilton e Hugo, pela grande amizade que nos une, a qual é muito mais forte do que um mero vínculo sanguíneo. Pelo mesmo motivo, agradeço ao grande amigo Bruno, o qual sempre se fez presente nos bons e maus momentos.

Destaco, também, o agradecimento ao meu orientador, Prof. Rodrigo Reis Mazzei, o qual teve a generosidade de compartilhar comigo um pouco desse seu brilho, que tanto inspira todos a sua volta. Agradeço a ele por servir de exemplo de que devemos tentar sempre pensar diferente e buscar novas soluções, não apenas para proporcionar a evolução da ciência jurídica, mas, sobretudo, para assumirmos a responsabilidade pelos resultados pragmáticos da aplicação do Direito. Obrigado pela amizade e pelos ensinamentos – jurídicos ou não –, que levarei para sempre comigo.

Também agradeço a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo que, de qualquer forma, contribuíram para o meu crescimento acadêmico. Nesse sentido, não posso deixar de fazer um agradecimento especial aos Professores Tiago Figueiredo Gonçalves e Hermes Zaneti Jr., pela dedicação, paciência e atenção, as quais despertam em seus alunos a vontade de serem profissionais melhores.

Por fim, impossível não lembrar e agradecer aos amigos Leonardo Gomes, Cristiano Satoshi e Marco Raniel, sem os quais as dificuldades nessa trajetória teriam sido ainda maiores. Sempre serei grato pelo apoio que cada um deles me deu, os quais foram determinantes para o êxito dessa empreitada.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o Microssistema de Autocomposição, o qual é fruto do acoplamento estrutural entre os sistemas de heterocomposição e de autocomposição. Esse microssistema realiza suas operações, principalmente, a partir de parte selecionada do CPC/2015 (e não de todo o Código), da Lei de Mediação e da Resolução CNJ n.º 125/2010, o que, por si só, já demonstra uma lógica funcionalmente diferente, pois o microssistema é composto, em parte, pela própria legislação codificada, a qual mantém comunicação com outras legislações através de seus princípios e cláusulas gerais. Desse modo, o Código não é aplicado em caráter subsidiário, como ocorre em outros microssistemas.

Nesse sentido, cumpre se observar que o CPC/2015 estabelece uma nova lógica em relação ao uso da autocomposição, porquanto institui um modelo Multiportas de Acesso à Justiça, o qual busca disponibilizar várias opções de mecanismos de tratamento adequado de conflitos, para se colocar um termo final no conflito trazido ao Poder Judiciário.

Ademais, o CPC/2015 instituiu um modelo de flexibilidade procedimental, que proporciona uma maior possibilidade de adaptação do procedimento às exigências de ordem subjetiva, objetiva ou teleológica do caso concreto.

Nesse contexto, o Microssistema de Autocomposição passa a exercer protagonismo diante da ampla gama de opções de adaptação do procedimento, através da importação de técnicas e diálogos entre procedimentos, com o objetivo de proporcionar o tratamento adequado do conflito, com preferência para a solução consensual.

ABSTRACT

The present work deals with the microsystem of Autocomposition, which is the result of the structural coupling between the systems of heterocomposition and self-composition. This microsystem carries out its operations, mainly, from the selected part of the CPC/2015 (not the whole code), the Mediation Act and the CNJ Resolution No. 125/2010, which, by itself, already demonstrates a functionally different logic, because the Microsystem is composed, in part, by the codified legislation itself, which maintains communication with other legislations through its general principles and clauses. In this way, the code is not applied in a subsidiary character, as is the case in other microsystems.

In this sense, it is observed that the CPC/2015 establishes a new logic in relation to the use of self-composition, because it establishes a multidoor model of access to justice, which seeks to provide several options of mechanisms of appropriate treatment of Conflicts, to put a final term in the conflict brought to the judiciary.

Furthermore, the CPC/2015 instituted a model of procedural flexibility, which provides a greater possibility of adapting the procedure to the demands of subjective, objective or teleological order of the concrete case.

In this context, the microsystem of self-composition starts to exert prominence in view of the wide range of options to adapt the procedure, through the importation of techniques and dialogues between procedures, with the objective of providing the appropriate treatment of Conflict, preferably for the consensual solution.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	O CONFLITO	16
2.1.	VISÕES CLÁSSICAS DO CONFLITO	17
2.1.1.	A questão de ordem	17
2.1.2.	O conflito como patologia	19
2.1.3.	O conflito como resultado da relação, interação e tensão social	21
2.2.	VISÕES CONTEMPORÂNEAS DO CONFLITO	23
3.	HISTÓRICO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO BRASIL: DO BRASIL IMPÉRIO AOS DIAS ATUAIS	34
3.1.	O BRASIL IMPÉRIO	35
3.2.	O BRASIL REPÚBLICA	41
3.3.	DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	61
4.	A RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	80
5.	DO MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS AO MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO	113
5.1.	O MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS E SEUS SUBSISTEMAS	122
5.1.1.	O sistema de autotutela	133
5.1.2.	O sistema de heterocomposição	137
5.1.2.1.	O processo arbitral	137
5.1.3.	O sistema de autocomposição	144
5.1.3.1.	Renúncia	148
5.1.3.2.	Desistência	151
5.1.3.3.	Reconhecimento do pedido	154
5.1.3.4.	Negociação	154
5.1.3.5.	Conciliação	159
5.1.3.6.	Mediação	163
6.	O MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO	167

6.1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA E DIÁLOGO ENTRE PROCEDIMENTOS.....	167
6.2. OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS QUE REGEM A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO.....	224
6.2.1. Princípio da Autonomia da Vontade.....	229
6.2.2. Princípios da Imparcialidade e da Isonomia.....	244
6.2.3. Princípio da Independência.....	249
6.2.4. Princípio da Boa-fé.....	251
6.2.5. Princípio da Decisão Informada.....	253
6.2.6. Princípios da Oralidade e da Informalidade.....	257
6.2.7. Princípio da Confidencialidade.....	258
6.2.8. Princípio do Consenso.....	263
6.3. OS MODULOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO CODIFICADOS.....	265
6.3.1. O módulo de autocomposição do procedimento comum.....	265
6.3.2. O módulo de autocomposição do procedimento das ações de família.....	281
6.3.3. O módulo de autocomposição do procedimento das ações possessórias multitudinárias.....	286
6.3.4. O módulo do procedimento de homologação de autocomposição extrajudicial.....	296
7. CONCLUSÃO.....	302
REFERÊNCIAS.....	305

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto o microssistema de autocomposição judicial, o qual se formou a partir do advento da Resolução CNJ nº 125/2010, do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). Todavia, apesar de tais diplomas apresentarem, indubitavelmente, grande protagonismo nesse microssistema, não se pode deixar de observar que esse é formado também por outros atos normativos, os quais operam com menor intensidade.

Desse modo, o estudo e a compreensão da forma como o microssistema de autocomposição judicial opera e interage se mostram fundamentais para a extração do máximo da potencialidade que esse microssistema oferece para a Ciência Jurídica e para a pacificação social.

Assim, o tema apresenta vasta relevância para a Ciência Jurídica, tendo em vista que o estudo do microssistema de autocomposição judicial se apresenta como solo fértil para uma verdadeira mudança de paradigma no tratamento dos conflitos no Brasil, notadamente em relação à superação da “Cultura da Sentença”¹.

A preocupação com a expansão das técnicas autocompositivas se mostra tão evidente que o Conselho Nacional de Justiça instituiu – desde o relatório Justiça em Números 2016², afeto ao ano-base 2015 – um “Índice de Conciliação”, o qual tem como escopo refletir o percentual de decisões homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. O “Índice de Conciliação” considera apenas os acordos obtidos no curso de processos judiciais, desconsiderando os casos em que o acordo foi obtido em âmbito pré-processual, os quais somente passarão a constar do relatório a partir do relatório Justiça em Números 2019, ano-base 2018³. Essa informação é de extrema relevância, pois, com o advento da reclamação pré-processual pela Resolução n.º 125/2010, talvez o índice de acordos seja ainda maior.

¹ WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 684-690.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>. Acesso em 18.02.2019.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, acesso em 18.02.2019.

De qualquer forma, tal índice tem refletido um aumento no percentual de decisões homologatórias de acordo, em relação ao montante de decisões definitivas e terminativas.

Índice de Conciliação	JUSTIÇA ESTADUAL	JUSTIÇA FEDERAL	JUSTIÇA ELEITORAL	JUSTIÇA TRABALHISTA	PODER JUDICIÁRIO
2015	9%	3%	1%	25%	11%
2016	10,9%	4,4%	0,5%	25,8%	11,9%
2017	10,7%	7,1%	0,2%	24,8%	12,1%

FONTE: tabela elaborada pelo próprio autor do trabalho, a partir dos dados constantes dos relatórios "Justiça em Números", anos 2018, 2017, 2016, respectivamente, correspondentes aos anos-bases 2017, 2016 e 2015.

Note-se, contudo, que o “Índice de Conciliação” é considerado, pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, como um indicador de gestão, e não um indicador de produtividade, conforme se pode perceber a partir da leitura dos relatórios “Justiça em Números”, dos anos 2018, 2017⁴ e 2016. Tal decisão se mostra adequada, porque, apesar de a solução consensual viabilizar um encurtamento do processo judicial, não deve ser tida como o único remédio para a contenção da litigiosidade. Nesse sentido, verifica-se que o “Índice de conciliação” não mantém uma imediata correlação com a produtividade do tribunal, em especial em relação ao Índice de Atendimento de Demanda⁵ e às Taxas de Congestionamento⁶, conforme se pode perceber a partir das tabelas abaixo.

TJ - 2015	AC	AL	AP	AM	BA	CE	DFT	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA
Índ.de Conc.	13,7	11,1	12	11,3	18,1	16	17,8	10,9	12,4	16,4	7,6	13,8	13,7	12,8
IAD	125	133,1	127,7	71,3	91,4	126,2	118,4	122,5	100,6	78,4	119,1	91,9	95,7	93,4

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>, acesso em 18.02.2019.

⁵ “IAD (Índice de Atendimento à Demanda): indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos. O ideal é que esse indicador permaneça superior a 100% para evitar aumento dos casos pendentes.” (JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, acesso em 18.02.2019.)

⁶ “Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base.” (JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, acesso em 18.02.2019.)

Tx. de Cong. Tot.	53,9	67,8	49,9	85,6	75,4	71,5	54	76,5	74,4	78,2	68,1	70,1	68,1	80,3
Tx. de Cong. Líq.	49,9	65	47,4	85,5	75,4	70,3	45,1	75,1	72,6	77,6	63,9	64,4	65,9	78,3

TJ - 2015	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RS	RO	RR	SC	SP	SE	TO	JUST. EST.
Índ.de Conc.	14,5	8,8	16,4	0,1	14	18,3	7	10,3	13,7	10,6	1,3	21,7	14,2	9,4
IAD	118,1	89	106,6	107	112	77,5	107,2	110	132,1	89,6	112,5	105	106	105,3
Tx. de Cong. Tot.	67,6	68,4	80	75,8	79,1	79	62	55,1	46,5	79,5	78,9	54,4	65,5	74,8
Tx. de Cong. Líq.	67,5	66,8	79,6	75,5	79	78,2	58,5	52,2	42,7	76,3	77,4	53,6	64,5	73,3

TJ - 2016	AC	AL	AP	AM	BA	CE	DFT	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA
Índ.de Conc.	15,6	16,5	15,5	12,5	14,1	25,0	11,3	14,4	13,4	23,1	14,0	15,7	15,3	13,8
IAD	105,1	98,9	113,1	95,5	79,5	96,4	89,6	114,2	110,3	81,3	102,9	89,3	99,0	163,8
Tx. de Cong. Tot.	61,8	77,2	46,8	83,7	83,9	74,1	65,0	73,7	72,7	75,1	66,1	73,9	69,5	69,5
Tx. de Cong. Líq.	58,4	74,3	46,7	82,1	83,6	72,8	63,1	72,6	70,8	74,4	61,5	69,9	67,5	67,0

TJ - 2016	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RS	RO	RR	SC	SP	SE	TO	JUST. EST.
Índ.de Conc.	13,9	8,4	13,5	5,7	13,0	17,6	10,3	12,3	16,6	14,4	6,4	20,3	13,5	10,9
IAD	125,7	87,0	125,0	100,3	112,0	95,9	108,4	92,7	119,1	111,3	109,8	101,3	100,7	104,5
Tx. de Cong. Tot.	67,4	68,4	74,0	75,5	80,8	74,6	61,9	62,1	52,4	78,8	66,1	58,8	69,2	75,3
Tx. de Cong. Líq.	65,8	64,6	73,5	75,2	80,5	73,5	57,9	59,7	48,0	74,2	61,5	57,3	67,2	73,1

TJ - 2017	AC	AL	AP	AM	BA	CE	DFT	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA
Índ.de Conc.	14,7	13,5	16,2	10,0	11,0	21,1	12,4	15,4	12,2	14,6	12,5	15,1	18,8	15,9
IAD	112,6	82,6	104,7	109,5	114,7	97,1	102,8	121,1	113,9	115,6	102,0	93,3	102,7	112,0
Tx. de Cong. Tot.	60,9	76,9	57,3	80,4	70,4	75,2	60,3	70,7	72,4	69,3	66,1	73,4	69,0	77,5
Tx. de Cong. Líq.	57,3	74,9	56,8	68,3	66,2	74,1	57,2	69,3	70,6	68,0	61,0	68,8	67,3	75,3

TJ - 2017	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RS	RO	RR	SC	SP	SE	TO	JUST. EST.
Índ.de Conc.	13,1	10,9	14,2	11,5	11,0	14,3	12,5	11,2	15,2	14,4	6,1	20,4	14,5	10,7
IAD	110,3	90,2	106,4	109,1	126,0	123,2	107,6	82,1	118,1	108,8	105,4	119,4	105,5	107,3
Tx. de Cong. Tot.	71,2	67,1	76,9	74,3	80,1	62,9	70,3	64,9	50,6	78,8	77,6	54,7	65,6	74,5
Tx. de Cong. Líq.	69,6	61,4	76,4	73,8	79,7	61,2	66,6	61,4	45,2	74,2	74,1	53,0	62,8	71,8

FONTE: tabela elaborada pelo próprio autor do trabalho, a partir dos dados constantes dos relatórios "Justiça em Números", anos 2018, 2017, 2016, respectivamente, correspondentes aos anos-bases 2017, 2016 e 2015.

A partir de tais tabelas, podem-se extrair diversos exemplos de como o Índice de Conciliação não reflete, por si só, qualquer modificação nos indicadores de produtividade.

No ano de 2015, o maior Índice de Conciliação foi obtido pelo TJ/SE (21,7%), o qual sofreu decréscimo percentual nos seguintes (20,3% – 2016; 20,4% – 2017). Todavia, o mesmo tribunal experimentou um aumento no Índice de Atendimento à Demanda e uma redução das Taxas de Congestionamento nos anos que se sucederam.

Ainda no ano de 2015, o maior Índice de Atendimento à Demanda foi atribuído ao TJ/AL (133,1%), o qual possuía um Índice de Conciliação (11,1%) próximo da média nacional dos tribunais de justiça estaduais (9,4%). Entretanto, nos anos seguintes, experimentou uma drástica redução do Índice de Atendimento à Demanda (98,9% – 2016; 82,6% – 2017), em paralelo ao aumento do Índice de Conciliação (16,5% – 2016; 13,5% – 2017).

O pior Índice de Conciliação, no ano de 2015, foi atribuído ao TJ/PI, o qual apresentou irrisórios 0,1%. Todavia, esse mesmo tribunal apresentou, nesse ano, Índices de Atendimento à Demanda (107%) superior à média nacional da justiça estadual (105,3). Nos anos seguintes, o TJ/PI experimentou progressiva elevação do Índice de Conciliação (5,7% – 2016; 11,5% – 2017), em paralelo a uma oscilação no Índice de Atendimento à Demanda (100,3% – 2016; 109,1% – 2017).

O TJ/SC manteve os seus Índices de Conciliação idênticos nos anos de 2016 e 2017 (14,4%). Apesar de não haver também qualquer alteração da taxa de congestionamento nesses anos, o Índice de Atendimento à Demanda decresceu (111,3% – 2016; 108,8% – 2017).

Portanto, o crescimento da utilização da autocomposição, por si só, não é a panaceia para a solução dos problemas do Poder Judiciário. Entretanto, o emprego correto das técnicas autocompositivas tem aptidão para melhorar qualitativamente o funcionamento da justiça.

Todavia, desde já, cumpre se esclarecer que o Índice de Conciliação não reflete referida melhora qualitativa, visto que tal indicador tem por escopo uma análise quantitativa – e não qualitativa – da expansão da autocomposição.

Assim, a justificativa do trabalho decorre da necessidade de melhor compreender como e quando a autocomposição se mostra adequada ao tratamento de um conflito, bem como a forma como opera o microssistema de autocomposição judicial, especialmente diante da carga axiológica advinda da Constituição Federal, do novo método de pensamento⁷, instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, e da evolução da ciência processual.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento**. Trad. Hermes Zaneti Junior. Revista Forense, ano 104, vol. 395, jan./fev., 2008. p. 209-221.

Em relação à Constituição Federal de 1988, esta consagrou, em seu preâmbulo, como valores vetores, dentre outros, a solução pacífica de controvérsias e a liberdade⁸.

Além de elencada como valor vetor, a liberdade também foi consagrada como direito fundamental (norma), no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O direito à liberdade, segundo ensina José Afonso da Silva, tem um caráter histórico e apresenta variados conteúdos ao longo da evolução humana. Pode apresentar um conteúdo negativo, representando uma limitação ao poder estatal, ou um conteúdo positivo, conferindo ao indivíduo participação no exercício da autoridade ou poder, consistente “[...] na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”⁹.

Nesse contexto, dado o qual não pode ser desconsiderado consiste na constatação de que o CPC/2015 é o primeiro código de processo civil brasileiro editado totalmente sob regime democrático¹⁰, o que, por óbvio, trouxe repercussões na liberdade jurídica dos indivíduos. Isso, porque o Estado Democrático de Direito – também chamado Estado Democrático Constitucional – agrega o elemento participativo, conferindo ao processo a roupagem de ferramenta asseguradora da liberdade, ou seja, como genuíno instrumento de democracia participativa¹¹. Nessa perspectiva, o processo se apresenta como um direito fundamental garantidor da liberdade dos indivíduos.

Sob essa ótica, salta aos olhos a mudança de paradigma em relação ao processo e ao papel dos atores processuais, especialmente diante da recente inauguração de uma nova fase metodológica, a qual interfere diretamente no funcionamento e interpretação de todo o sistema de tratamento adequado de conflitos.

⁸ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231 e 232

¹⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2016, 1v. p. 50-62.

¹¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014. p. 106-160.

Vale salientar que o corte metodológico do presente estudo se cinge ao Direito Processual Civil, em que pese, em diversos momentos, seja feita referência a outros ramos do direito, tais como: Direito Civil, Direito Administrativo, Processual Penal e do Trabalho. Tais referências poderão ocorrer com o objetivo argumentativo, bem como em função da possibilidade de esses outros ramos interagirem com o sistema de tratamento adequado de conflitos, operado pelo Direito Processual Civil, oportunizando interações e soluções no bojo deste.

Por essa razão, o primeiro capítulo se destinará ao estudo do conflito, visto que a compreensão do fenômeno conflitivo é preliminar ao estudo das formas de tratá-lo: não há como se analisar a adequação do emprego de um tratamento de conflito sem primeiro assimilar o que é o próprio conflito.

O segundo capítulo é destinado ao estudo da evolução da autocomposição no Brasil, com o objetivo de subsidiar uma adequada compreensão da forma como a autocomposição interagia com a heterocomposição, em decorrência da recepção de influências externas na ciência processual, da evolução das fases metodológicas do processo e das implicações dos processos de codificação, descodificação e ressystematização do direito.

Há um ditado árabe que diz: “quem planta tâmaras não colhe tâmaras”. Tal ditado foi criado, porque, antigamente, uma tamareira demorava de 80 a 100 anos para dar frutos. Assim, a análise da evolução da autocomposição se mostra imprescindível neste estudo, como forma de entender os frutos que colhemos no presente, mas, principalmente, para se refletir sobre o que as futuras gerações colherão.

O terceiro capítulo versa sobre o Código de Processo Civil de 2015, que mereceu capítulo próprio, por condensar conceitos fundamentais para a correta interpretação do presente trabalho, uma vez que tal diploma merece uma leitura absolutamente distinta do diploma antecedente. A interpretação do CPC/2015, proposta no capítulo, parte de uma visão contemporânea de processo, jurisdição e, especialmente, de acesso à justiça.

No quarto capítulo, buscar-se-á estabelecer as premissas do presente trabalho, a partir de uma teoria dos sistemas, como forma de identificar a existência e o funcionamento dos Macrossistemas de Tratamento de Conflitos, dos Sistemas de Autotutela, de Heterocomposição e de Autocomposição, dos Subsistemas de

Jurisdição Estatal e de Arbitragem, bem como do Microsistema de Autocomposição Judicial.

Por fim, o último capítulo se destina a analisar o funcionamento interno e as interações que o Microsistema de Autocomposição Judicial opera com os demais sistemas de tratamentos de conflitos e, a partir daí, explorar algumas das diversas opções disponíveis aos atores processuais para o adequado tratamento do conflito.

2. O CONFLITO

O estudo do conflito se apresenta como elemento essencial e primário ao estudo da autocomposição, porquanto não se pode cogitar analisar tal tratamento de conflito, sem antes se delimitar o que se deve compreender como conflito.

Como manifestação de um fenômeno humano, pode ele ser teorizado através de diversas perspectivas das Ciências Sociais – v.g., Antropologia, Sociologia, Psicologia, Filosofia, Economia –, além de poder receber aportes das Ciências Exatas, como ocorre, por exemplo, com a Teoria dos Jogos, a qual se apresenta como uma teoria matemática que possui aplicação nas mais variadas interações intersubjetivas.

Tradicionalmente, o Direito se ocupa do estudo de normas que regulam os conflitos, com foco na sua solução e prevenção, mas sem uma maior preocupação com a dinâmica dos fenômenos sociais que lhe dão origem. Todavia, numa visão mais contemporânea, o Direito deve manter um maior diálogo com as demais ciências, com o escopo de perseguir uma verdadeira pacificação social e não apenas a composição da lide.

Em razão de o conflito não pertencer a uma ciência específica, não causa estranheza a grande variedade de recortes metodológicos e abordagens que são encontrados na doutrina¹².

Marcos José Diniz Silva defende a divisão das concepções clássicas do conflito em: (1) uma questão de ordem; (2) como patologia; (3) como resultado da relação, interação e tensão social¹³. Humberto Lima de Lucena Filho parte dessa mesma

¹² SILVA, Marcos José Diniz. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. **Revista Qu@litas Revista Eletrônica**, nº 2, vol. 1, p. 1-12, 2011./ FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Teoria Geral do Conflito. In: Roberto Portugal Bacellar & Valéria F. Lagrasta. (Org.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**, 1ª ed., Sao Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, 2016. 1v, p. 326-336./ LUCENA FIHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. In: COMPENDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Sistemas Jurídicos e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos**. 56ª ed. Florianópolis: Boiteaux, 2012, v.21, p. 34-64. / COLLINS, Randall. **Quatro Tradições Sociológicas**. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49-106./ RITZER, George. **Teoria sociológica contemporânea**. Trad. Maria Teresa Casado Rodriguez. McGraw-Hill, 1997. p. 101-154./ BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 47-62.

¹³ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

classificação, adicionando as teorias contemporâneas do conflito, as quais poderiam se subdividir em: (4) condutismo ou behaviorismo e (5) Teoria Macro¹⁴.



Fonte: elaborado pelo próprio autor da dissertação.

Desde já, cumpre se esclarecer que o presente trabalho não adotará a subdivisão das teorias contemporâneas acima referida – o que será explicado oportunamente. Entretanto, a referência a tal classificação se mostra útil, pois a análise de seus elementos fornece uma base teórica segura para a compreensão do estado da arte.

2.1. VISÕES CLÁSSICAS DO CONFLITO

2.1.1. A questão de ordem

Costuma-se atribuir a Thomas Hobbes a qualidade de precursor do estudo do conflito. Na obra *O Leviatã* (1651), Hobbes defendeu a atribuição de um poder absoluto nas mãos do soberano, para que esse evitasse que os homens entrassem em guerra entre si e causassem a eliminação total da sociedade¹⁵.

¹⁴ LUCENA FIHO. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. 2012. p. 34-64.

¹⁵ LEITE, Gisele. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul. 2017. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19110&revi

Hobbes dividiu a vida social em dois estados: o estado natural e o estado contratual. No primeiro, não há um poder comum e nem lei, e, por essa razão, também não há justiça ou injustiça. Há apenas um estado de guerra entre todos os homens, onde cada um só possuiria aquilo que fosse capaz de conseguir e enquanto fosse capaz de conservá-lo¹⁶.

Caminhando em sentido contrário ao de Aristóteles, para quem o homem seria um animal político por natureza, Hobbes defende que os homens seriam animais egoísticos e, portanto, maus por natureza. No estado natural, o uso da liberdade pelos homens seria irrestrito, a ponto de lesarem, invadirem, usurparem e prejudicarem uns aos outros¹⁷.

No estado contratual, por outro lado, toda a força e poder seriam atribuídos em caráter de monopólio a um soberano, o qual, de forma indivisível, intransferível e inquestionável, garantiria a ordem, a paz e a defesa comum¹⁸.

Não se pode deixar de salientar que o pensamento de Hobbes foi uma formulação teórica bem peculiar do Absolutismo e do Contratualismo, haja vista que este, em geral, é usado contra aquele em razão da forte visão teológica vigente no início da Idade Moderna¹⁹.

Para compreender adequadamente o pensamento de Hobbes, não se pode olvidar da ambiguidade que perpassou pelo Absolutismo, o qual, em um primeiro momento, mostrava-se útil à burguesia, pois quebrava o isolamento e a autonomia produtiva do sistema feudal e unificava os territórios, propiciando o exercício da atividade mercantil, mas, em momento posterior, passou a ser um entrave à atividade mercantil em razão dos privilégios outorgados pelo soberano aos nobres, em detrimento dos burgueses²⁰.

Por tal motivo, na segunda metade da Idade Moderna, o movimento teórico do Iluminismo elegeu como seu grande inimigo os ideais de teologia que fundamentavam o Absolutismo, a partir de uma concepção de que é preferível um império da lei a um império do homem. A razão burguesa é individualista de natureza bifronte, pois,

sta_caderno=21> Acesso em junho de 2018.

¹⁶ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. 2011. p. 3-4.

¹⁷ BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 270.

¹⁸ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

¹⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 53.

²⁰ MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 53-54.

simultaneamente, volta-se contra o passado, para destruir o Absolutismo, e contra qualquer força do futuro contrária ao capitalismo. O indivíduo é tomado de modo isolado e não socialmente²¹.

Superando a filosofia iluminista, o pensamento de Auguste Comte se apresenta como um marco em razão do seu pioneirismo em romper com as explicações teológicas e metafísicas, estas os últimos bastiões metafísicos da explicação social²². Tal pensador desenvolveu a chamada “Lei dos Três Estados”, na qual todo o conhecimento e cultura passariam pelas etapas teológica, metafísica e positiva. Na primeira, os fatos decorreriam da intervenção divina. Na segunda, haveria uma justificação dos fenômenos a partir de entidades abstratas. Na etapa positiva, o conhecimento se procede mediante o conhecimento da realidade²³.

Para Comte, somente na etapa positiva seria possível uma reorganização social que poderia colocar termo ao estado de crise no qual se encontravam as nações civilizadas. O conflito – representado pelo caos social – seria solucionado com a evolução e o progresso científicos, dos quais decorreria uma unidade social, formada por uma sociedade esclarecida, pacífica e harmoniosa, obtida através da reforma moral dos seus membros²⁴.

Os pensamentos de Hobbes e Comte representam uma primeira fase do estudo do conflito, em que a desordem social deveria ser resolvida através da eliminação de ideias opostas, seja pela imposição da vontade do soberano, seja pela reforma moral dos membros da sociedade²⁵.

2.1.2. O conflito como patologia

Sem dúvida, Karl Marx foi um dos mais importantes estudiosos do conflito. Partindo de uma visão essencialmente social e histórica, aprofundou-se com maior ênfase no estudo dos dados concretos do homem em sociedade, na sua ação e no seu trabalho, em vez de considerar o homem em si mesmo²⁶.

²¹ MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p.55-57.

²² MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p.67-69.

²³ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.208.

²⁴ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

²⁵ LEITE. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. 2017. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19110&revista_caderno=21>. Acesso em 02 abril de 2019.

²⁶ MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 97

Assim, o seu principal elemento de reflexão é o homem como força produtiva, e não como o homem universal, ou homem espiritual ou o homem racional²⁷.

No sistema de Marx, o trabalho assume o papel de fonte não apenas do valor econômico, mas também do lucro. A verdadeira fonte do lucro residiria na exploração do trabalho, pois esse seria o único fator de produção por meio do qual se pode obter mais do que se gasta para produzi-lo²⁸.

Karl Marx entendeu o conflito como a própria força motriz da sociedade, razão pela qual ele defendia que os conflitos e as mudanças na história mundial não seriam aleatórios, mas lógicos e inevitáveis²⁹.

Desse modo, os homens não dispõem livremente de suas forças produtivas, porquanto essas seriam determinadas pelas condições nas quais os homens se encontram, pelas forças produtivas já alcançadas em momento anterior e pela forma social, que é produto da geração antecedente³⁰.

Por essa razão, o conflito é visto como uma anormalidade histórica decorrente da propriedade privada e das classes antagônicas, a ser superada pelo comunismo³¹.

Esse, inclusive, é um ponto de contato do pensamento de Karl Marx com o de Émile Durkheim, visto que este também via os conflitos sociais como um sintoma patológico, resultante da anomia que surge nos períodos de crise³².

A obra “A divisão do trabalho social” foi editada em um período de aguçada luta de classes, com fundações de sindicatos e exercício de greve como reação a constantes crises econômicas, que causavam desemprego e pobreza entre os trabalhadores³³.

A busca de Durkheim não era entender o conflito, e, sim, as razões pelas quais se dá a coesão e estabilidade social, as quais seriam obtidas através da solidariedade³⁴. Esta poderia se apresentar de duas formas: a solidariedade mecânica e a orgânica. A primeira pode ser compreendida a partir da noção de semelhança, em

²⁷ BITTAR; ALMEIDA. **Curso de Filosofia do Direito**. 2009. p. 401

²⁸ COLLINS, Randall. **Quatro Tradições Sociológicas**. Trad. De Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 55

²⁹ COLLINS, Randall. **Quatro Tradições Sociológicas**. 2009, p. 53

³⁰ BITTAR; ALMEIDA. **Curso de Filosofia do Direito**. 2009. p. 403

³¹ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

³² BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. São Paulo: Ática, 1993.p. 80-81

³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 191.

³⁴ MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 77.

que os indivíduos diferem pouco entre si e partilham os mesmos valores e sentimentos, ao passo que a segunda é típica das sociedades mais complexas, fundadas na diferença³⁵.

Nesse sentido, é notável a contribuição de Durkheim para a Sociologia do Direito, já que essas solidariedades seriam as responsáveis pela estabilidade e normalidade social, as quais poderiam ser rompidas pelas anomias, caracterizadas pela ausência ou desintegração das normas sociais³⁶.

Portanto, as concepções de Marx e Durkheim não se confundem: enquanto este busca a normatização da coesão social, aquele privilegia, como objeto do seu estudo, o próprio conflito. Por outro lado, seus pensamentos possuem semelhanças, porque ambos adotam perspectivas evolucionistas e deterministas, além de compreenderem o conflito a partir de uma perspectiva histórico-social e disfuncional da ordem social³⁷.

2.1.3. O conflito como resultado da relação, interação e tensão social

Max Weber tem como objeto central de seu pensamento a ação social, a qual deve ser compreendida como: “[...] toda a conduta humana (seja ação, omissão ou permissão) que possui um conteúdo subjetivo dado por quem a executa e que orienta essa ação”³⁸.

Entretanto, a ação social de Weber não se confunde com a ação social de Durkheim e Marx, dado que aquele possuía um prisma metodológico diferente, fundado em um “individualismo metodológico weberiano”. A análise da sociedade é escalonada e realizada em um segundo momento, de forma reflexa, uma vez que a análise primária repousa no indivíduo³⁹.

Nesse sentido, o estudo da sociedade é realizado de forma compreensiva e não crítica. Isso significa dizer que, segundo a metodologia de Weber, o estudo da sociedade não se daria como na análise de uma fotografia, e, sim, como o labor criativo na confecção de uma pintura⁴⁰.

³⁵ GUERRA FILHO; CARNIO. **Introdução à sociologia do Direito**. 2016. p. 187.

³⁶ GUERRA FILHO; CARNIO. **Introdução à sociologia do Direito**. 2016. p. 191.

³⁷ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do Direito**. 2016. p. 203.

³⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 82

⁴⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 84-86.

Desse modo, Weber foge da noção de determinismo estrutural e propõe o estudo da ação social, das relações e das formas de interação dos agentes, realizadas com intencionalidade⁴¹.

Nesse contexto, ele refuta a ideia de Durkheim de que os membros de um grupo social estariam unidos por um objetivo comum, pois, para Weber, a relação que os indivíduos estabelecem entre si é uma relação de luta ou conflito, fundada em uma compreensão de dominação⁴².

Portanto, o conflito não se apresenta como um estado anormal ou fase histórica negativa, mas como uma ação cotidiana resultante das relações entre os indivíduos. Ou seja, o conflito deixa de ser visto como uma patologia social⁴³.

Assim como Weber, Simmel adota uma visão interacionista focada nas ações e nos sentidos construídos socialmente pelos grupos e indivíduos. Assim, se a sociedade existe a partir de interações, o objeto de estudo da sociedade reside na noção de sociação, ou seja: “[...] os padrões e formas particulares com as quais o homem associa-se e interage com o outro”⁴⁴.

Dessa forma, o conflito é composto por elementos positivos e negativos, os quais até podem ser separados conceitualmente, mas são empiricamente inseparáveis, visto que unidade e divergência são duas faces do ser individual e coletivo⁴⁵.

[...] Assim como o universo precisa de “amor e ódio”, isto é, de forças de atração e repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas discordâncias não são absolutamente mera deficiência sociológicas ou exemplos negativos. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas das forças sociais positivas e apenas na medida em que aqueles fatores negativos não atrapalhem. Esta concepção comum é bem superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de ambas as categorias de interação, que se manifestam desse modo como inteiramente positivas. ⁴⁶

Assim, a noção de sociação, defendida por Simmel, consiste no reconhecimento de que o conflito se apresenta como um resultado das interações sociais, nas quais a antagonia de comportamentos e sentimentos funciona como mola propulsora do

⁴¹ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

⁴² MASCARO. **Lições de Sociologia do Direito**. 2009. p. 86-87

⁴³ SILVA. O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica. p.1-12, 2011.

⁴⁴ GUERRA FILHO; CARNIO. **Introdução à sociologia do Direito**. 2016. p. 180.

⁴⁵ SIMMEL, Geog. **Georg Simmel: Sociologia**. São Paulo, Ática, 1983. p. 124-127.

⁴⁶ SIMMEL. **Georg Simmel: Sociologia**. 1983. p. 124.

avanço e progressos sociais⁴⁷. Desse modo, o conflito é concebido como algo benéfico para o indivíduo e para a sociedade como um todo.

Para melhor compreender o que aqui se diz, o presente trabalho se utilizará da metáfora do copo meio cheio ou meio vazio, para considerar a sociedade com um copo de água. Segundo tal adágio, as pessoas otimistas enxergariam o copo pela metade como meio cheio, enquanto pessoas pessimistas, ou tendentes ao vitimismo, enxergariam o copo pela metade como meio vazio.

Segundo a visão de Simmel, não se deveria enxergar o copo nem como meio cheio, nem como meio vazio. O copo deve ser visto, simultaneamente, como meio cheio e meio vazio, uma vez que é a contraposição de cheio e vazio que justifica a existência do próprio copo.

De nada serviria um copo cheio, se não fosse possível esvaziá-lo para saciar a sede. Ocorre que a sede deve ser saciada todos os dias e não apenas uma única vez, razão pela qual o copo precisa ser novamente enchido.

Assim, o conflito entre cheio e vazio não se reveste de qualquer patologia, pois se apresenta como algo normal e inerente à própria justificativa de existência do copo.

Da mesma forma, o conflito social é composto pelas interações entre os indivíduos – numa relação em que os elementos positivos e negativos dessas interações são indissociáveis – as quais, por essa razão, oportunizam a evolução e o desenvolvimento social (o que permite visualizar o conflito como algo positivo, e não patológico).

2.2. VISÕES CONTEMPORÂNEAS DO CONFLITO

Humberto Lima de Lucena Filho⁴⁸ e Gisele Leite⁴⁹ dividem as visões contemporâneas do conflito em duas correntes pensamento: (1) Condutismo ou Behaviorismo e (2) Teoria Macro.

Segundo referidos autores, o condutismo privilegiaria a observação do comportamento e o estudo dos estímulos que ele pode sofrer, em razão de considerar

⁴⁷ LUCENA FIHO. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. 2012. p. 13.

⁴⁸ LUCENA FIHO. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. 2012, p. 17-19.

⁴⁹ LEITE, Gisele. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. 2017. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19110&revista_caderno=21> Acesso em 02 abril de 2019.

o conflito como um desdobramento do comportamento. Já a Teoria Macro não teria como foco o mero comportamento, visto que a esse se somariam os mais diversos fatores exógenos e endógenos do conflito, o qual seria analisado a partir do relacionamento entre os indivíduos.

Note-se que tal classificação parte da contraposição entre as teorias macrossociológicas e microssociológicas, já que essas últimas se apresentam como gênero, do qual o condutismo ou behaviorismo são espécies⁵⁰.

Entretanto, o presente trabalho não adotará tal divisão. Isso, porque a definição de Teoria Macro, na forma como exposta por referidos autores, não se mostra pura, pois incorpora conceitos próprios da Teoria Micro, ao também considerar o comportamento em sua base de estudo.

Nesse sentido, cumpre se observar que, a partir da década de 80, de fato, verificou-se uma tendência de integração entre as teorias micro-macro⁵¹, contraposta aos extremismos de outrora.

Este capítulo analiza el importante desarrollo que se ha producido en la teoría sociológica estadounidense durante la década de los años ochenta: el aumento del interés por la integración micro-macro. Esto representa un regreso a las preocupaciones de los primeros gigantes de la teoría sociológica y un movimiento de retirada del extremismo teórico que caracterizó a la mayor parte de la teoría sociológica estadounidense del siglo xx. [...]

Desse modo, ao que parece, o conceito de teoria macro apresentado por referidos autores mostrar-se-ia muito mais afeto a uma perspectiva integrativa entre as teorias micro-macro do que à teoria macro propriamente dita.

Acerca do tema, Carlos Eduardo Sell e Josias Paula Jr. advertem acerca da necessidade de não se confundir o plano de análise com o conteúdo explicativo dessas teorias.

Além disso, o nível “micro” e o “nível macro” não devem ser confundidos com as expressões “microssociologia” ou “macrossociologia”, pois o primeiro par conceitual nos aponta para unidades de análise, enquanto o segundo focos de análise. Nestes termos, microssociologias devem ser definidas como correntes teóricas cujo foco de interesse ou de pesquisa é o plano micro da

⁵⁰ “[...] Em le extremo macro se sitúan el funcionalismo estructural, la teoría del conflicto, algunas variantes de la teoría neomarxista (especialmente el determinismo económico y el marxismo estructural) y muchas formas de estructuralismo. En el extremo micro se situán el interaccionismo simbólico, la fenomenología, la etnometodología, la sociología existencial, la sociología conductista y la teoría del intercambio.” (RITZER, George. **Teoria sociológica contemporânea**. Trad. Maria Teresa Casado Rodriguez. McGraw-Hill, 1997. p. 457)

⁵¹ RITZER. **Teoria sociológica contemporânea**. 1997. p. 486.

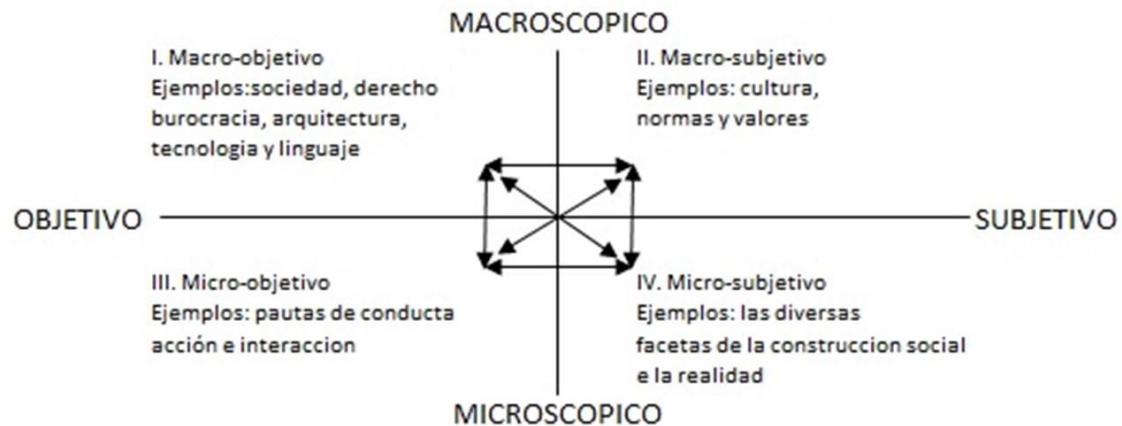
vida social, enquanto macrossociologias como correntes teóricas cuja atenção está voltada para o plano macro (ou transindividual) da realidade social. Consequentemente, uma teoria microssociológica não implica a negação do nível macro, dado que o que a caracteriza é apenas seu interesse analítico, mesmo raciocínio que se aplica para as teorias macrossociológicas. A partir da distinção entre o nível micro e o nível macro de análise sociológica também podemos determinar o conteúdo dos principais paradigmas sociológicos contemporâneos. Eles diferem a depender da prioridade explicativa que conferem a essas unidades, níveis ou planos de análise. Com base neste entendimento, podemos dizer que o individualismo metodológico é aquela abordagem que confere prioridade explicativa ao nível micro sobre o nível macro, enquanto o holismo metodológico inverte essa relação, conferindo prioridade ao nível macro na determinação dos fenômenos sociais. Já as abordagens relacionais esforçam-se por equilibrar o papel do nível micro e do nível macro na explicação sociológica, conferindo a ambos o mesmo peso analítico. Em síntese, microssociologias e macrossociologias diferem quanto ao “interesse analítico”, enquanto individualismo, holismo e teorias relacionais distinguem-se pela “prioridade explicativa” que conferem ao nível micro ou ao nível macro de análise.⁵²

Um critério científico de classificação deve, “[...] como uma definição, individuar as espécies considerando dados essenciais que lhes são próprios e exclusivos, portanto, que as caracterizam e distingam das demais [...]”⁵³. Por essa razão, elementos acidentais ou comuns a mais de uma espécie não podem servir de suporte a uma taxonomia, razão pela qual parece ser equivocado o recorte do condutismo como categoria autônoma, visto que, por ser espécie da teoria micro, já estaria inserida no conteúdo do conceito apresentado de teoria macro.

Portanto, o presente trabalho não adotará a referida classificação, por entender que a visão contemporânea do conflito tem se orientado, predominantemente, por uma visão integrada dos níveis micro-macro, a qual trabalha com perspectivas relacionais – compostas pela observação do comportamento – de forma aliada a outros fatores exógenos e endógenos do conflito, os quais interagem entre si e com aquelas.

⁵² SELL, Carlos Eduardo; PAULA JR., Josias. A teoria sociológica e o debate micro-macro hoje. **Política & Sociedade**: Revista de Sociologia Política. n.º 34, vol. 15, Set./Dez., 2016. p. 7-17.

⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.169.



Fonte: RITZER, George. Teoria Sociologica Contemporanea. Trad. Maria Teresa Casado Rodriguez. 3ªed. México: McGraw-Hill, 1993. p. 463.

A partir dessa figura, resta claro que as diversas abordagens do estudo contemporâneo do conflito conjugam vários dos elementos acima, os quais, apesar de se situarem em planos distintos, relacionam-se e influem uns nos outros.

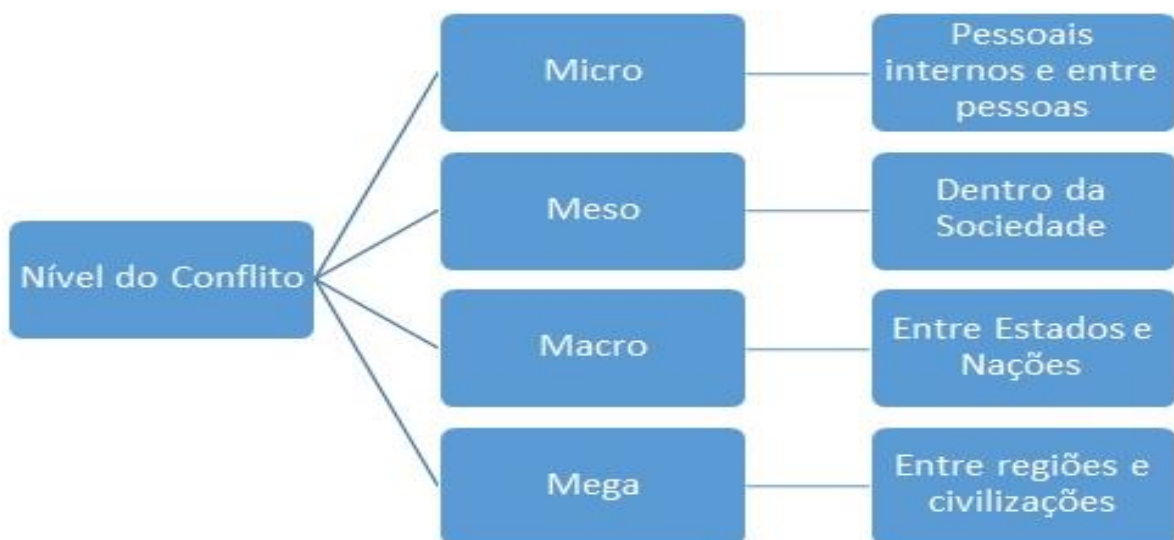
Nesse sentido, Eduard Vinyamata afirma que, entre os anos de 1950 e 1960, iniciou-se uma sistematização do conhecimento acerca do conflito, a qual se convencionou chamar de conflitologia. Esta se expandiu a partir da década de 70 e teve, dentre os seus precursores e figuras de destaque, Mary Parker Follett, Kenneth Building, Johan Galtung, Johan Burton, Herbert Kelman, Roger Fischer, William Ury, William Zartman, Adam Curle, Elise Building, dentre outros⁵⁴.

Referidos estudiosos desenvolveram relevantes estudos e abordagens, que permitiram uma melhor compreensão do fenômeno conflitivo e das formas de tratá-lo, através da conjugação dos planos teóricos e pragmáticos, com aportes técnicos de variados ramos das ciências, o que permitiu enxergar o conflito com um enfoque transdisciplinar.

Tal metodologia de trabalho permitiu a observação e a compreensão do conflito como um fenômeno inerente à vida humana, que pode ser analisado em variados níveis e escalas, visto que não se trata de fenômeno estático, e, sim, dinâmico.

⁵⁴ VINYAMATA, Eduard. Compreender o conflito e agir educativamente. In: VINYAMATA, Eduard (Org.). **Aprender a partir do conflito**: conflitologia e Educação. Trad. Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 26.

Nesse sentido, Johan Galtung traz uma distinção entre níveis subjetivos do conflito, os quais se dividem em: (1) microconflitos – pessoais internos e entre pessoas; (2) mesoconflito – aqueles que se operam dentro da sociedade, em decorrência de raça, classe, gênero, forças econômicas e políticas; (3) macroconflitos – aqueles que se operam entre Estados e Nações (os primeiros considerados como países geograficamente definidos, ao passo que as segundas, como grupos definidos culturalmente – através de elementos históricos, linguísticos e religiosos –, em que há uma ligação a algum espaço geográfico); (4) megaconflitos – aqueles que se operam entre Regiões e Civilizações. Estas abrangem, regra geral, nações contíguas em conteúdo, como as diferentes modalidades de Cristandade e de Islã. Aquelas, normalmente, são Estados contíguos no espaço⁵⁵.



Fonte: Gráfico elaborado pelo próprio autor, a partir do conteúdo explicativo de: GALTUNG, Johan. *Transcender e Transformar: uma introdução ao trabalho de conflitos*. Trad. Antonio Carlos da Silva Rosa. São Paulo: Palas Athenas, 2006. p. 7.

A identificação do nível subjetivo em que o conflito se opera é útil não apenas para a escolha do método ou conjunto de métodos que será aplicado, mas também para a própria definição de técnicas especiais.

⁵⁵ GALTUNG, Johan. **Transcender e Transformar**: uma introdução ao trabalho de conflitos. Trad. Antonio Carlos da Silva Rosa. São Paulo: Palas Athenas, 2006. p. 7, 65, 99 e 153.

Assim, em que pese a maior parte das ações judiciais diga respeito a microconflitos, mostra-se possível a identificação de ações individuais que transcendem esse nível e atingem níveis superiores de conflito, exigindo técnicas especiais para o seu tratamento, como, *v.g.*, ocorre no parágrafo único do art. 988 e no §1º do art. 976, ambos do CPC/2015, os quais asseguram o julgamento, mesmo em caso de desistência, de questões com repercussão geral reconhecidas ou afetadas ao regime dos recursos especial e extraordinário repetitivos, ou que sejam objeto de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Os mesoconflitos também podem exigir a admissão de legitimação extraordinária para o adequado tratamento de questões afetas a direitos coletivos *lato sensu*.

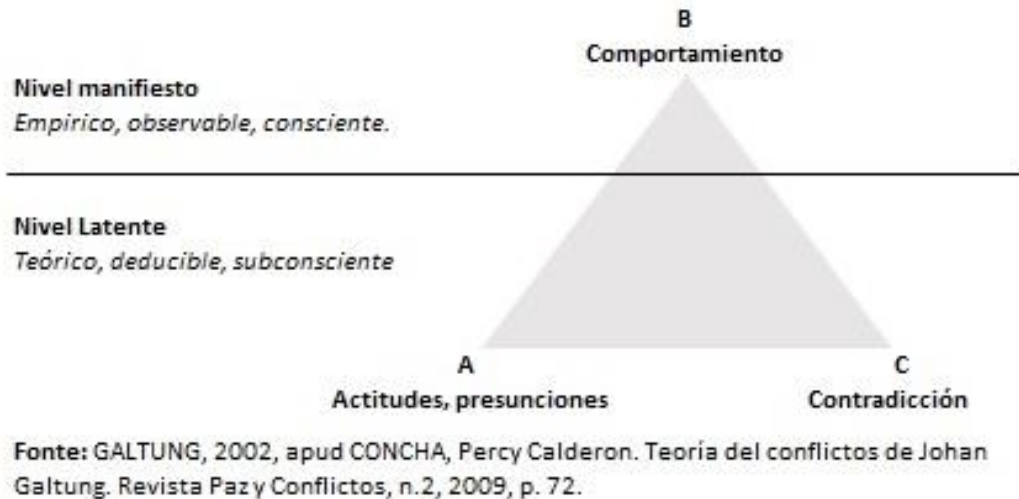
O nível em que o conflito se opera pode exigir, inclusive, regras especiais de competência, tal qual previsto no art. 102, I, “e”, da Constituição Federal, quando algum Estado estrangeiro renunciar à sua imunidade de jurisdição⁵⁶. Nessa hipótese, contudo, é mais comum o afastamento das jurisdições estatais para adoção da arbitragem ou de métodos autocompositivos supraestatais.

Tais exemplos não têm como escopo esgotar a matéria, mas apenas permitir a visualização de que os níveis subjetivos do conflito podem, por si mesmos, exigir a adoção de técnicas especiais para o seu adequado tratamento, a partir de um ou mais métodos.

Johan Galtung defende, ainda, uma divisão do conflito em níveis objetivos de análise – em manifestado e latente –, os quais mantêm uma íntima relação com os elementos integrantes do conflito: (A) motivacionais, os quais têm relação com a forma como as partes envolvidas no conflito o enxergam e o sentem; (B) comportamentais, que dizem respeito à forma como as partes do conflito agem, buscando interesses comuns ou impingindo prejuízo à parte contrária; (C) contradições têm a ver com a raiz ou questão objeto do conflito⁵⁷.

⁵⁶ “Execução judicial contra Estado estrangeiro. Competência originária do STF (CF, art. 102, I, e). Imunidade de jurisdição (imunidade à jurisdição cognitiva) e imunidade de execução (imunidade à jurisdição executiva). O *status quaestionis* na jurisprudência do STF. (...) Prevalência do entendimento no sentido da impossibilidade jurídica de execução judicial contra Estados estrangeiros, exceto na hipótese de expressa renúncia, por eles, a essa prerrogativa de ordem jurídica.” (STF - ACO 709, rel. min. Celso de Mello, j. 26-8-2013, dec. monocrática, DJE de 30-8-2013.)

⁵⁷ GALTUNG, 2002, *apud* CONCHA, Percy Calderon. *Teoría del conflictos de Johan Galtung*. **Revista Paz y Conflictos**, n.2, 2009, p. 69.



De fato, os três elementos acima parecem ser indissociáveis. A noção de que o conflito nem sempre é percebido em sua integralidade é fundamental para a compreensão de que elementos internos ao próprio indivíduo e a visão parcial do objeto em jogo podem vir a refletir no comportamento manifestado.

Apesar de esses níveis se mostrarem importantes, são encontrados, doutrinariamente, outros estágios do conflito, os quais passam a assumir uma feição dinâmica. Nesse sentido, Louis Pondy identifica cinco estágios em que o conflito pode se apresentar: (1) conflito latente (*latente conflict*), no qual não há a plena consciência, por parte dos envolvidos, da presença do conflito; (2) conflito percebido (*perceived conflict*), em que há a identificação da diferença de posições entre os envolvidos; (3) conflito sentido (*felt conflict*), no qual há a personalização do conflito, com a adição de sentimentos à contenda; (4) conflito manifestado (*manifest conflict*), em que há um comportamento explicitamente agressivo, como o escopo de sabotar e bloquear os planos e interesses do oponente; (5) conflito pós-desfecho (*conflict aftermath*), no qual há uma transformação do conflito em razão da mudança da relação, decorrente do desfecho da controvérsia. Quando o conflito é genuinamente resolvido para a satisfação dos envolvidos, forma-se a base para uma relação mais cooperativa. Por outro lado, se o conflito for simplesmente suprimido e não resolvido, novos conflitos latentes podem começar a eclodir, culminando até mesmo na dissolução completa do relacionamento⁵⁸.

⁵⁸ PONDY, Louis R. **Organizational Conflict: concepts and models.** *Administrative Science Quarterly*, n.º 2, Vol. 12, Sep., 1967. p. 296-320.

Assim, resta claro que a solução de controvérsia de forma insatisfatória – para ambas ou apenas uma das partes –, em muitos casos, não extingue o conflito, mas apenas muda as suas feições. Acerca do tema, Morton Deutsch defende que os conflitos podem apresentar natureza destrutiva ou construtiva, a depender dos resultados que produzirão⁵⁹.

Ao contrário do que se sustentou outrora, o conflito não deve ser visto como patológico, nem tampouco como algo positivo. O conflito é um fenômeno inerente à vida humana, que pode se mostrar positivo ou negativo, a partir da forma como é tratado e dos resultados dele advindos.

Nesse sentido, Robert Bush e Joseph Folger sustentam que a natureza do conflito será o significado que ele tem para as pessoas envolvidas. Desse modo, apesar de identificarem a existência de três teorias principais acerca do conflito – teoria do poder, teoria dos direitos e teoria das necessidades –, defendem que os conflitos não refletem apenas essas vertentes, mas se fundamentam, principalmente, nas interações entre pessoas e na forma como essas são afetadas⁶⁰.

Segundo referidos autores, o conflito é um fenômeno social dinâmico que se desenvolve a partir de uma espiral negativa de degeneração. A interação negativa entre as pessoas confere a elas, por mais fortes que elas sejam, os sentimentos de fraqueza relativa e de que estariam se autoconsumindo por sensações de suspeita, hostilidade, fechamento e impermeabilidade à perspectiva da outra pessoa. Essa

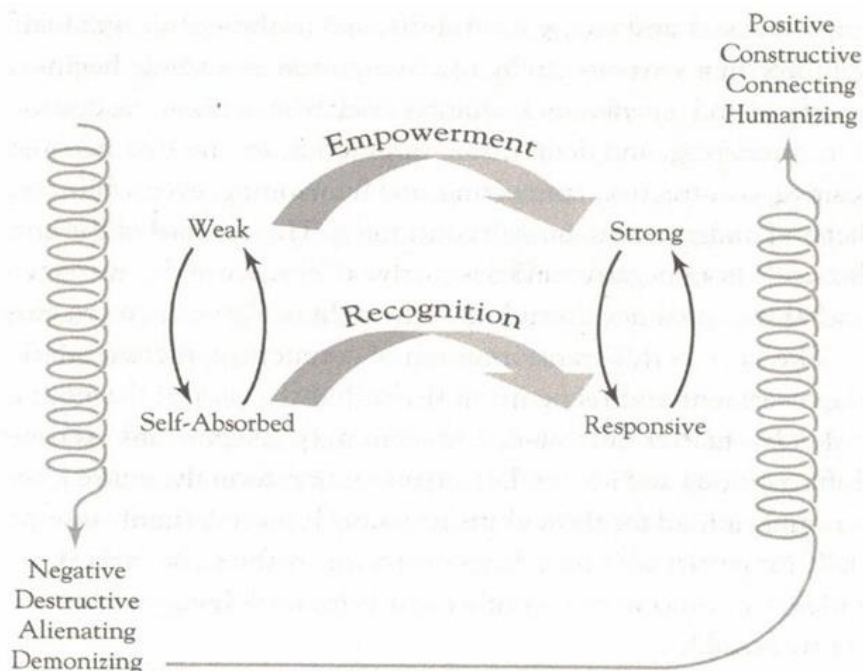
⁵⁹ "Another useful distinction among conflicts, which differs from those made in the typology presented above, is that between destructive and constructive conflicts. At the extremes, these terms are easy to define. Thus a conflict clearly has destructive consequences if its participants are dissatisfied with the outcomes and feel they have lost as a result of the conflict. Similarly, a conflict has productive consequences if the participants all are satisfied with their outcomes and feel that they have gained as a result of the conflict. Also, in most instances, a conflict in which the outcomes are satisfying to all the participants will be more constructive than one that is satisfying to some and dissatisfying to other. [...]" (DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: constructive and destructive processes**. New Haven: Yale University Press, 1973. p. 17)

⁶⁰ "In essence, this describes what might be called three theories of conflict, three different views of what human conflict is about - all of which are indeed found in the literature of the conflict field: power theory (Abel, 1982), right theory (Fiss, 1984) and needs theory (Menkel-Meadow, 1984). Arguably, people's behavior reflects all three theories; that is, they see conflict in all three ways, depending on their specific situation. [...] In general, research like this suggests that conflict as a social phenomenon is not only, or primarily, about rights, interests, or power. Although it implicates all of those things, conflict is also, and most importantly, about people's interaction with one another as human beings. The evidence confirms the promise of the transformative theory, as reflected in the voices of Jim and Susan: what affects and concerns people most about conflict is precisely the crisis in human interaction that it engenders." (BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 43-49)

fraqueza relativa e sensação de autoconsumo não ocorrem independentemente, mas se retroalimentam (*feedback loop*)⁶¹.

Todavia, é possível a mudança da qualidade da interação, visto que são inerentes à natureza humana a capacidade de demonstrar força e a capacidade de resposta, as quais podem reverter a espiral do conflito. A ativação dessa reversão se opera através do empoderamento e do reconhecimento. O empoderamento permite uma passagem da sensação de fraqueza relativa para a de força, ao passo que o reconhecimento mútuo permite a passagem da sensação de autoconsumo para a percepção de uma capacidade de resposta⁶².

Assim, quanto mais forte a pessoa se sente, mais aberta a compreender a posição da outra ela fica. Quanto mais aberta ela fica, mais forte se sente. Esse movimento permite a passagem do anterior círculo vicioso para um novo círculo virtuoso⁶³.



Fonte: BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p.55

⁶¹ BUSH; FOLGER. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. 2005. p. 49-53.

⁶² BUSH; FOLGER. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. 2005. p. 54-55.

⁶³ BUSH; FOLGER. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. 2005. p. 56.

Desde já, cumpre se firmar uma premissa, para que a representação gráfica anterior não importe em equívoco interpretativo. Não se pode considerar que a escalada do conflito seja sempre algo negativo, nem que o descenso da espiral do conflito seja algo positivo.

Nesse sentido, Bernard Mayer defende que, às vezes, a escalada do conflito é necessária para a obtenção de credibilidade, a fim de que uma pessoa leve as preocupações da outra a sério, para chamar a atenção da parte contrária ou para responder ao uso destrutivo do poder da parte contrária. Para referido autor, o desafio é saber quando e como ascender ou descender na espiral do conflito, sem que o comportamento não torne a cooperação impossível no futuro⁶⁴.

Da mesma forma, a redução da conflituosidade, quando não se opera em razão do empoderamento e do reconhecimento mútuo, pode apresentar resultados insatisfatórios para os envolvidos – notadamente quando uma parte negocia uma solução de maneira gentil (posicional).

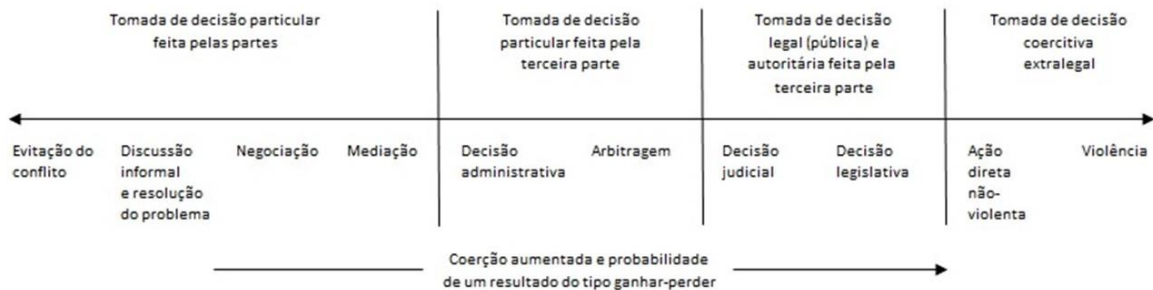
Assim, a negociação baseada em princípios se apresenta como uma nova opção em relação às negociações gentis ou firmes – as quais têm natureza de negociações posicionais. A negociação baseada em princípios é aquela em que o negociador decide as questões por seus méritos, através de critérios justos que oportunizem, sempre que possível, ganhos mútuos. Por outro lado, a negociação gentil é aquela que tenta evitar o conflito, através de fáceis mudanças de posição, de concessões e aceitação de perdas unilaterais, em favor da parte contrária. A negociação firme é

⁶⁴ “Conflict professionals tend to think that escalation is a dirty word. Our job is to help de-escalate conflict, to calm things down, to bring people to the negotiating table, and to encourage mutual understanding. Escalation tends to reduce communication, encourage negative attributions, and make cooperation more difficult to achieve. But as with the challenge of preparing for peace and war at the same time, we have to understand that escalation is sometimes necessary. If we are reflexively against escalation we will not be credible to people engaged in serious conflicts, and we won’t be able to make wise decisions about handling our own conflicts either. Sometimes escalation is necessary - to make it someone else’s interest to make our concerns seriously, to bring a issue to the forefront of people’s attention (see the discussion of Rosa Parks later in this chapter), or to respond effectively to other’s destructive use of power. The challenge is knowing when to escalate and how to escalate in a way that does not make future cooperation impossible. Sometimes it seems that when people decide to escalate a conflict they give up all thought or hope of ultimately bringing about a more constructive relationship. If we follow the maxim that we should treat adversaries as potential allies, we can considerer what it means to escalate constructively. For one thing, we should always question whether escalation is wise. But if we think that it may be, we should consider how to escalate incrementally, proportionately, in a time-limited way, and in keeping with our own values (For a fuller discussion of this, see Mayer, 2009b, pp. 172-178). One of the most valuable functions we can serve in working with others in conflict as either third parties or allies is to help them consider whether, when, and how to escalate. Sometimes our most valuable intervention occurs when help people escalate strategically and with restraint.” (MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict: a guide to engagement and intervention**. 2ª ed. Jossey-Bass, 2012.p. 86-87)

aquela que enxerga qualquer situação como uma queda de braço, na qual o objetivo é vencer⁶⁵.

Desse modo, verifica-se que, na ascensão ou no descenso da espiral do conflito, as interações entre as pessoas podem se operar através de diversos comportamentos, os quais podem variar desde o total esquivamento do conflito até o outro extremo, consistente no uso da violência.

Acerca do tema, Christopher Moore enxerga uma vinculação entre a escalada do conflito e o seu descenso com as abordagens de administração e resolução de conflitos, a partir da necessidade do uso da coerção, conforme representado a seguir.



Fonte: MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª ed. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 21.

A correta interpretação da representação gráfica acima deve considerar o conflito como um fenômeno dinâmico, o que, por si só, importa no reconhecimento da admissibilidade de um ou mais tratamentos de conflitos adequados ao caso concreto. Tal assertiva fica ainda mais clara a partir da fragmentação do conflito em questões sob disputas, as quais podem exigir tratamentos diferenciados umas das outras.

Feitas todas essas considerações, uma visão contemporânea do estudo do conflito importa na sua admissão como um fato da vida que não é necessariamente anormal ou disfuncional, e, sim, um fenômeno dinâmico que se opera no processo diário de interação das pessoas, sociedades, comunidades, organizações e entidades.

⁶⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 18, 28-30.

3. HISTÓRICO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO BRASIL: DO BRASIL IMPÉRIO AOS DIAS ATUAIS

O presente estudo parte de uma análise da autocomposição no Brasil, uma vez que a fixação dos principais marcos históricos e as suas correntes de pensamento influenciadoras permitem uma adequada compreensão da correta interpretação que deve ser conferida aos institutos nos dias atuais.

O nosso estudo se iniciará a partir do Brasil do Império. Todavia, cumpre se observar que, por ocasião da Independência, vigoravam no país as Ordenações Filipinas, que, seguindo as ordenações que lhe antecederam, possuíam a seguinte estrutura: “Livro I – Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II – Direito dos Eclesiásticos; Livro III – Processo Civil; Livro IV – Direito Civil e Comercial; Livro V – Direito Penal e Processual Penal”⁶⁶.

A partir da própria disposição organizacional das Ordenações Filipinas, verifica-se a ausência de uma separação científica entre o direito material e o direito processual, marca do período conhecido como sincrético ou praxista.

Em que pese haja na doutrina certa divergência acerca da nomenclatura das fases do direito processual⁶⁷, no presente trabalho se adotará a seguinte divisão de fases: 1ª) sincrética ou praxista; 2ª) autonomista ou processualismo; 3ª) instrumentalista; 4ª) formalismo-valorativo.

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou “estória”) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 12, n. 16, jul./dez, p. 177- 204, 2014/ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2016, 1v. p. 41-69

⁶⁷ Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas: sincrética, autonomista e instrumentalista (DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.26). Fredie Didier Jr. sustenta a existência de uma quarta fase chamada “Neoprocessualismo” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44-47). No mesmo sentido, Eduardo Cambi defende a existência de uma quarta fase chamada “Neoprocessualismo” (CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais e, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 115). Mais recentemente, Daniel Mitidiero passou a adotar a expressão “processo civil no Estado Constitucional” para designar essa quarta fase (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 48). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, utiliza a expressão “formalismo-valorativo” para qualificar essa quarta fase do processo civil (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm: 2010, p. 149-170).

Na primeira fase, não existia autonomia científica do processo civil, o qual apenas se apresentava como um apêndice do Direito Civil, estudado no seu aspecto externo do procedimento. Prevalencia uma visão privatista do processo civil, na qual não se visualizava diferença entre direitos e exercício de direitos, bem como entre direito de ação e direito subjetivo, a partir de uma visão imanentista entre a ação e o direito material⁶⁸.

A inspiração liberal individualista dessa fase processual – na qual a neutralidade e a passividade do juiz conduziram à noção do processo como coisa das partes (*Sache der Parteien*) – não logrou satisfazer as reais exigências de liberdade e igualdade dos setores menos favorecidos da sociedade.

3.1. O BRASIL IMPÉRIO

A primeira carta magna brasileira foi a “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, a qual contava com 179 artigos.

Tal diploma foi inspirado pelas ideias liberais que avançavam na Europa⁶⁹ e estabeleceu um regramento para o Poder Judicial nos artigos 151 a 164, nos quais o procedimento judicial – cível e criminal – era processado por juízes e por jurados, ficando a cargo dos segundos a análise da matéria de fato, enquanto que aos primeiros competia a matéria de direito⁷⁰. Ademais, continha uma norma programática, que determinava a organização, o quanto antes, de um Código Civil e de um Código Criminal⁷¹.

⁶⁸ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2-3

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A atualidade do pensamento processual de Francesco Carrara**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Jan./Dez., p. 53-61, 1992.

⁷⁰ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem./ Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

⁷¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

A codificação civil era desejada por razões políticas, haja vista que a simplificação e a ordenação das regras jurídicas resultariam em uma uniformidade, que representaria uma unidade política à nova nação⁷².

Também não se pode ignorar que, vinte anos antes da edição da Constituição de 1824, Napoleão Bonaparte havia outorgado o Código Civil Francês, conhecido como Código Napoleônico, o qual era fruto de doutrina individualista e voluntarista⁷³, que viria a influenciar as codificações que lhe sucederam.

Por expressa dicção do art. 161, a Constituição de 1824 vedava o ajuizamento de ações sem que antes houvesse uma tentativa prévia de “reconciliação”⁷⁴. Tal condição de procedibilidade da ação somente era excepcionada pela lei ordinária nos casos de tutelas de urgência⁷⁵.

A competência para a realização da reconciliação competia aos Juizes de Paz, os quais eram eleitos observando o mesmo procedimento e pelo mesmo prazo que os Vereadores das Câmaras⁷⁶.

Todavia, cumpre se observar que, nesse momento, ainda não havia uma legislação genuinamente brasileira de direito processual, uma vez que permaneciam em vigor as Ordenações Filipinas, por força da Lei de 20 de outubro de 1823⁷⁷.

⁷² MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: Noções Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: Parte Geral. vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. XIV.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

⁷⁴ Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

⁷⁵ “[...] No passado, a mediação e a conciliação tiveram no Brasil um papel muito saliente. A Constituição Imperial de 1824 dispunha expressamente que nenhuma demanda poderá ser ajuizada sem se demonstrar que se tentou previamente a conciliação. A lei ordinária apenas excepcionava os casos de urgência, nos quais a conciliação podia ser tentada posteriormente às providências iniciais necessárias. Para promover a conciliação, o sistema jurídico previa a figura de Juiz de Paz. Com o tempo, porém, o papel do Juiz de Paz foi perdendo importância, estando hoje reduzido apenas à realização de casamentos. A Constituição permite que a legislação ordinária a ele atribua também funções conciliatórias, mas até hoje não se cuidou de adotar essa providência. Alguns Estados criaram a figura de Juiz Leigo, que tem, além da atribuição de auxiliar o Juiz togado na condução dos processos, também funções conciliatórias. [...]” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Recepção e Transmissão de Institutos Processuais**. Revista de Processo. vol. 140, Out., p. 143-154, 2006.)

⁷⁶ Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

⁷⁷ Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Tal constatação é de relevo, porquanto as Ordenações Filipinas já determinavam uma prévia tentativa de conciliação no procedimento cível, a ser realizada pelo próprio juiz.

1. E no começo da demanda dirá o juiz á ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes á concordia, não he de necessidade, mas sómente de honestidade nos casos, em que o bem podérem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar. (Livro III, Título XX)⁷⁸

Em comentário ao §1º, Título XX, do Livro III das Ordenações Filipinas, Candido Mendes Almeida leciona que, se tal disposição tivesse sido aproveitada de modo mais conveniente pelos juízes, a criação dos Juízes de Paz pela Constituição de 1824 poderia ter sido desnecessária⁷⁹. De fato, mostra-se patente que tal dispositivo não era convenientemente aproveitado, visto que, em 17 de novembro de 1824, foi editado um decreto, que passou a exigir a conciliação (“reconciliação”) como etapa prévia à instauração do processo, nos termos do art. 161 da Constituição de 1824, ainda que não houvesse o Juiz de Paz na localidade.

Decreto – de 17 de novembro de 1824

Ordena, que antes de começar qualquer processo, se tentem os meios de reconciliação.

Attendendo ás repetidas queixas, que muitas pessoas pobres e miseraveis das diversas Provincias diariamente fazem subir á Minha Augusta Presença, sobre a impossibilidade de intentarem os meios ordinarios dos processos, não só por incommodos, gravosos e tardios, mas até pelas grandes distancias, em que muitos residem, das Justiça competentes; e Desejando que todos os habitantes deste Imperio gozem já quanto possivel fôr, dos beneficios da Constituição, Tendo ouvido o Meu Conselho de Estado: Hei por bem Ordenar. conforme a letra do art. 161, do Tit. 6º, capitulo unico della: Que nenhum processo possa desde já ter principio, sem que primeiro se tenham intentado os meios de reconciliação, como é tambem recommendado pela Ordenação do Reino, Liv. 3º, Tit. 20, § 1º, devendo esta providencia ser geral, e indefectivamente observada por todos os Juizes, e Autoridades, a quem competir, emquanto não houverem

(BIBLIOTECA NACIONAL. **Colleção das Leis do Império do Brasil**: 1823. Parte 1º. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886. p. 07-08).

⁷⁸ ALMEIDA, Candido Mendes. **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 587.

⁷⁹ “[...] Se se tivesse aproveitado esta disposição de hum modo conveniente, poupar-se-ia a inutil criação de Juizes de Paz, que se fez por servil imitação das instituições inglesas. [...] Bastava que a formalidade da conciliação se tornasse de preceito [...]” (ALMEIDA. **Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Philippe I. 1870. p. 587.

os Juizes de Paz, decretados pelo art. 162. da mesma Constituição Clemente Ferreira França, do Meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar, expedindo para esse fim os despachos necessarios. Paço em 17 de Novembro de 1824, 3º da Independencia e do Imperio. Com a rubrica de Sua Magestade Imperial. Clemente Ferreira França. (Grifo nosso)⁸⁰

Apenas com a edição da Lei de 15 de outubro de 1827, passou a ser regulamentada a distribuição, as prerrogativas, os requisitos para a investidura no cargo e as competências dos Juizes de Paz.

Dentre as diversas competências conferidas aos Juizes de Paz, destaca-se a conciliação das partes em procedimento no qual essas deveriam comparecer pessoalmente, salvo comprovação de impedimento. Nessa hipótese, a parte ausente deveria ser representada, em caráter excepcional, através de procurador com poderes ilimitados⁸¹.

Apesar de a Constituição de 1824 determinar que as eleições dos Juizes de Paz tivessem a mesma disciplina das eleições dos Vereadores, a ausência dessa regulamentação possibilitou, em muitos lugares, a adoção de diversos critérios para a escolha dos Juizes de Paz⁸². Tal celeuma somente veio a ser resolvida com a edição da Lei de 1º de outubro de 1828, a qual conferia nova forma às Câmaras Municipais, marcava as suas atribuições, bem como estabelecia o processo para a eleição de seus membros e dos Juizes de Paz.

Em 1832, é editado o Código de Processo Criminal, o qual, curiosamente, trazia, em sua parte final, composta por 27 artigos, um capítulo intitulado “Disposição provisória ácerca da administração da Justiça Civil”. Tal diploma apresentava inovações de relevo, mas teve vigência efêmera ao ser revogado pela reação conservadora de 1841⁸³.

⁸⁰ BIBLIOTECA NACIONAL. **Colleção das Leis do Império do Brasil**: 1824. Parte 2º. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.p. 83-84.

⁸¹ Art 5º Ao Juiz de Paz compete: § 1º Conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrosim o procurador munido de poderes illimitados.

⁸² CAMPOS, Adriana Pereira. O Farol da Boa Prática Judiciária: dois manuais para instrução dos juizes de paz. *In*: Campos, Adriana Pereira; SLEMIAN, Andréa; MOTTA, Kátia Sausen da (Org.). **Juízes de Paz**: um projeto de justiça cidadã nos primórdios do Brasil Império. Curitiba: Juruá, 2017. p. 34.

⁸³ AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à História do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 238

No tocante à autocomposição, o mencionado diploma possibilitou a tentativa de conciliação em qualquer domicílio onde o réu fosse encontrado⁸⁴, situação na qual seria permitido ao autor outorgar mandato com poderes especiais a procurador, para representá-lo em tal localidade⁸⁵. A revelia à audiência perante o Juiz de Paz implicaria o pagamento de multa⁸⁶. Assim, a obrigatoriedade da tentativa de conciliação antes do ajuizamento da ação estava mantida. Todavia, essa poderia ser dispensada nas hipóteses: urgentes⁸⁷, que não admitiam a transação⁸⁸ e onde não houvesse Juízes de Paz⁸⁹.

Posteriormente, visando ao estabelecimento de um procedimento especial para os processos de natureza comercial, editou-se o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, o qual destinava um capítulo inteiro à conciliação (arts. 23 a 38).

Logo no seu primeiro dispositivo, o Decreto nº 737/1850 mantinha a obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliação; contudo, passou a prever hipóteses nas quais tal condição de procedibilidade estaria dispensada, tais como: títulos de crédito endossados, matérias que não admitiriam transação e ato declaratório de falência⁹⁰.

Note-se que o Decreto nº 737/1850 tinha seu âmbito de aplicação restrito aos processos comerciais, de modo que as causas cíveis continuavam regidas pelas Ordenações Filipinas, as quais não foram revogadas pela edição da Consolidação das

⁸⁴ Art. 1º Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz aonde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a Freguezia do seu domicilio.

⁸⁵ Art. 3º Se o autor quizer chamar o réo á conciliação fóra de seu domicilio, no caso do artigo primeiro, será admittido a nomear procurador com poderes especiaes, declaradamente para a questão iniciada na procuração.

⁸⁶ Art. 4º Nos casos de revelia á citação do Juiz de Paz se haverão as partes por não conciliadas, e o réo será condemnado nas custas.

⁸⁷ Art. 5º Nos casos que não soffrem demora, como nos arrestos, embargos de obra nova, remoção de Tutores, e Curadores suspeitos; a conciliação se poderá fazer posteriormente á providencia, que deva ter lugar.

⁸⁸ Art. 6º Nas causas, em que as partes não podem transigir, como Procuradores Publicos, Tutores, Testamenteiros; nas causas arbitraes, inventarios, e execuções; nas de simples officio do Juiz; e nas de responsabilidade; não haverá conciliação.

⁸⁹ Art. 17. Não se julgarão nullas por falta de conciliação as causas intentadas antes da existencia dos Juizes de Paz.

⁹⁰ Art. 23 Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceção-se: § 1º As causas procedentes de papeis de credito commerciaes, que se acharem endossados. (Art. 23 do Titulo unico Codigo); § 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. Art. 23), como os Curadores fiscaes dos fallidos durante o processo da declaração da quebra (Art. 838 Codigo), os administradores dos negociantes fallidos (Art. 856 Codigo), ou fallecidos (Art. 309 e 310 Codigo), os procuradores publicos, tutores curadores e testamenteiros; § 3º Os actos de declaração da quebra (cit. Art. 23); § 4º As causas arbitraes, as de simples officio do Juiz, as execuções, comprehendidas as preferencias e embargos de terceiro; e em geral só he necessaria a conciliação para a acção principal, e não para as preparatorias ou incidentes. (Tit. 7º Codigo).

Leis Civis de 1858, fruto do labor de Teixeira de Freitas. Tal consolidação “*pôs ordem no caos dos princípios civis constantes das Ordenações Filipinas e das leis extravagantes, permitindo saber quais as normas que vigoravam no território brasileiro*”⁹¹.

Rodrigo Mazzei salienta o inconveniente dessa situação em virtude da subsistência da legislação lusitana no ordenamento jurídico do Brasil. Por essa razão, o governo imperial editou a Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876 – conhecida como Consolidação de Ribas –, a qual não se limitou a consolidar e sistematizar as normas processuais civis, visto que apresentou, em muitos pontos, arquétipo normativo distinto da legislação até então vigente⁹².

Especificamente em relação à conciliação, a Consolidação de Ribas destinou um capítulo inteiro à matéria (arts. 185 a 200), no qual reproduziu dispositivos da Constituição de 1824, da Lei de 15 de outubro de 1827, dentre outros diplomas normativos, além de inserir uma gama de novos regramentos, dentre os quais o que mais chama a atenção diz respeito à ampliação do rol de hipóteses de não realização da conciliação⁹³.

Em estudo sobre a conciliação no Brasil Império, Adriana Pereira Campos e Alexandre de Oliveira Bazilio de Souza observaram que as taxas de acordos obtidos pelos juizados de paz variaram entre 24% e 58%, no período de 1854 a 1874, de modo que a solução consensual ocupava um relevante papel no funcionamento da justiça imperial⁹⁴.

Fato relevante ocorrido na Europa, durante o Brasil Império, e que viria a influir substancialmente no estudo da ciência processual no Brasil República diz respeito à mudança de fase metodológica, a partir da paradigmática obra de Oskar von Bülow.

A partir da segunda metade do século XIX, com a eclosão de uma série de conflitos sociais na Europa e a mudança do papel do Estado – mais preocupado com

⁹¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro**: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, n. 88, 1993. p. 185-238.

⁹² MAZZEI. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016. p. 41-69.

⁹³ Art. 191. Não tem lugar a conciliação: §1.º Nas partes em que as partes não podem transigir, taes são aquellas em que são autores ou réos – os tutores, os curadores, testamenteiros, collectores e procuradores da fazenda publica, dos seminários, irmandades, etc. §2.º Nas arbitraes. §3.º Nos inventários. §4.º Nas execuções; §5.º Nas de simples officios do juiz. §6.º Nas de responsabilidade. §7.º Nas de liberdade.

⁹⁴ CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio. **A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, no 1, 2016, p. 290.

o problema da justiça social – começam a se desenvolver propostas de fortalecimento do papel do juiz, que serviram de raiz para a superação do privatismo processual (sincretismo/praxismo), notadamente a partir das obras Anton Menger, Franz Klein, Guisepe Chiovenda e Oskar von Büllow⁹⁵.

Em 1868, Oskar von Bülow inaugura a segunda fase com a publicação da obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* – A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais. Tal obra representou uma mudança paradigmática, pois, a partir de uma nítida distinção entre procedimento e processo, este deixa de ser considerado uma mera sequência de atos – procedimento – e passa a corporificar uma relação jurídica própria, distinta da relação jurídica de direito material⁹⁶. O Direito Processual passa a ser visto como ciência autônoma em relação ao Direito Material, cada um com seus próprios objetos, relações e princípios norteadores.

A partir da distinção da relação jurídica processual e da relação jurídica material, Bülow estabelece as condições para a consolidação de uma visão publicista do processo, fincada em uma relação de direito público entre os particulares e o Estado.

Como fundamento de uma relação de direito público, as normas de direito processual passam a ser vistas como cogentes, sem espaço de disposição pelas partes – como decorrência da soberania estatal sobre os particulares.

3.2. O BRASIL REPÚBLICA

Logo após o fim do Império e a instituição da República – esta ocorrida em 19 de novembro de 1889 –, o Chefe do Governo Provisório, Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, editou o Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890, o qual revogou as leis que exigiam a tentativa de conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nos procedimentos cíveis e comerciais⁹⁷. Desse modo, o Decreto nº

⁹⁵ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil**: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto. Salvador, Juspodivm, 2017.p. 57, 66, 77 e 78.

⁹⁶ SIQUEIRA. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 2008. p. 5-6

⁹⁷ Art. 1º E' abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou proseguirem as acções, civeis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo á causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for

359/1890 derogou a Consolidação de Ribas e o Decreto 737/1850 apenas no tocante aos dispositivos que previam a conciliação como formalidade essencial.

O preâmbulo do Decreto nº 359/1890 deixa clara a inspiração portuguesa e francesa de valorização da vontade das partes em participar ou não da conciliação em detrimento da utilização desse tratamento de conflito:

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça e considerando:

Que a instituição do juizo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permittido a conciliação, naquelle juizo, e de tornal-a effectiva por meio de escriptura publica, ou por termo nos autos e ainda em juizo arbitral de sua escolha;

Que a experiencia ha demonstrado que as tentativas de conciliação no juizo de paz sómente são bem succedidas quando as partes voluntariamente comparecem perante elle nas mesmas disposições, em que podem produzir identico effeito os conselhos de amigo commum, o prudente arbitrio de bom cidadão á escolha dos interessados e ainda as advertencias que o juiz da causa, em seu inicio, é autorizado a fazer na conformidade da ord. liv. 3º, tit. 20, § 1º;

Que, entretanto, as despezas resultantes dessa tentativa forçada, as difficuldades e pro rastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao gráo de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzil-os a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituida, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu; são outros tantos objectos de clamor publico e confirmam a impugnação de muitos jurisconsultos, quaes Meyer, Benthán, Bellot, Boncene, Boitard, Corrêa Telles, a essa obrigatoriedade, nunca admittida ou ja abolida em muitos paizes e notavelmente reduzida, modificada em seus effeitos, para não dizer annullada, pela carta de lei de 16 de junho de 1855 e novo Codigo de Processo Civil promulgado em 8 de novembro de 1876, no proprio reino de Portugal, donde o Imperio a adoptou com supplementos da legislação franceza;

Pouco tempo antes, esse mesmo Governo Provisório havia editado o Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual já havia retirado a exigência da conciliação prévia para a ação de nulidade de casamento⁹⁸.

No mesmo ano, o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, estendeu a aplicação do Regulamento 737 (Decreto n.º 737, de 25 de novembro de 1850) aos

admissível e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral.

⁹⁸ Art. 76. A declaração da nullidade do casamento será pedida por acção summaria e independente de conciliação.

procedimentos de causas cíveis em geral, com algumas exceções⁹⁹. Apesar de não ter excepcionado o Título II, Cap. I, do Decreto n.º 737/1850 (que versava sobre a conciliação), o Decreto n.º 763/1890 não operou a reprimenda do art. 23 – revogado por força do Decreto n.º 359/1890 –, que previa a conciliação prévia obrigatória.

No ano seguinte, foi promulgada a primeira carta magna de origem republicana, a qual não fez qualquer referência à conciliação ou aos juízos de paz. Segundo Rodrigo Mazzei, a Constituição de 1891 fixava a competência dos Estados-membros para legislar sobre direito processual comum, de modo que foi reservada à União apenas a competência legislativa processual aplicada à Justiça Federal¹⁰⁰.

Saliente-se que não havia autorização expressa para os Estados legislarem sobre direito processual. Tal permissão decorria da conjugação dos artigos 34¹⁰¹, 63¹⁰² e 65¹⁰³ da Constituição, os quais previam a competência da União para legislar sobre direito “processual da justiça federal”, associada à faculdade conferida aos Estados de exercer qualquer poder que não lhes tenha sido negado, expressa ou implicitamente, pela Constituição, observados os princípios constitucionais da União¹⁰⁴.

Assim, a Constituição de 1891 estabeleceu uma dualidade de Justiça – Federal e Estadual – e uma correspondente dualidade de processos¹⁰⁵, sendo certo que o então vigente Decreto n.º 737/1850 somente foi substituído, no âmbito federal, por ocasião da edição do Decreto n.º 3.084, de 05 de novembro de 1898, conhecido como Consolidação de José Higino Duarte da Silva.

⁹⁹ Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas civeis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte. Paragrapho unico. Continuam em vigor as disposições leaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento.

¹⁰⁰ MAZZEI. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016. p. 41-69.

¹⁰¹ Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal;

¹⁰² Art. 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União.

¹⁰³ Art. 65 - É facultado aos Estados: [...] 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

¹⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código de Processo Civil do Espírito Santo: Breve Notícia Histórica. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Org.) **Código de Processo Civil do Espírito Santo**: texto legal e breve notícia histórica. Vila Velha: Editora ESM, 2014. p. 12-13

¹⁰⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107

O Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898, dividia-se em 5 partes: I – Organização e Funções da Justiça Federal; II – Processo Criminal; III – Processo Civil; IV – Processo comercial; V – Processo nas causas cíveis de ordem pública ou administrativa. Tal diploma não buscou conferir qualquer estímulo à autocomposição, visto que somente reconhecia efeitos jurídicos à transação e à desistência – v.g., artigos 18¹⁰⁶ e 131¹⁰⁷– e vedava a celebração de qualquer acordo pelos Procuradores da Fazenda, sem previsão legal específica ou autorização do Poder Executivo¹⁰⁸.

No âmbito estadual, os Estados editaram normas com uma roupagem não uniforme¹⁰⁹, o que inviabiliza a análise de cada um dos diplomas para os fins do presente trabalho, especialmente se considerarmos que há divergência acerca do valor histórico de cada um deles^{110 111 112}.

Cumpra-se, apenas, registrar que o Pará foi o primeiro Estado a legislar sobre processo civil, através do Decreto n.º 1.380, de 22 de junho de 1905, o qual instituiu o seu Regulamento Processual Civil e Comercial. Todavia, o primeiro diploma que utilizou a nomenclatura “Código” teria sido o Rio Grande do Sul, que editou a Lei n.º

¹⁰⁶ Art. 18. Ao autor não é permitido mudar ou alterar a substancia da petição inicial, mas poderá desistir da acção com o protesto de renova-la, pagas as custas. Esta disposição não comprehende simples additamentos á petição inicial até a contestação da lide, precedendo despacho do juiz e assignando-se ao réo termo para responder. (parte terceira)

¹⁰⁷ Art. 131. Cessa o embargo: a) pelo pagamento; b) pela novação; c) pela transacção; d) decahindo o embargante da acção principal

¹⁰⁸ Art. 48. Não assignarão termo algum de desistencia ou confissão nos processos da Fazenda Nacional, e, si só assignarem, taes termos não terão effeito algum. Outrosim, não poderão comprometter-se por parte da Fazenda em juizes arbitros para o julgamento de suas causas, salvo quando for ordenado por acto legislativo ou ordem do Thesouro. (quinta parte)

¹⁰⁹ MAZZEI. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016. p. 41-69.

¹¹⁰ Moacyr Lobo Costa considera que os Códigos da Bahia, Minas Gerais e São Paulo teriam sido os códigos estaduais mais bem elaborados, o que não autorizaria afastar a primazia do Decreto n. 1.380/95, do Estado do Pará, o qual teria inaugurado a fase das codificações estaduais. (COSTA, Moacyr Lobo. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 63-65.

¹¹¹ Rodrigo Mazzei identifica divergência doutrinária acerca de qual teria sido o primeiro Código de Processo Civil estadual, visto que há corrente doutrinária que sustenta que o primeiro código teria sido o do Estado da Bahia, o qual teria sido o primeiro diploma editado dentre aqueles mais aperfeiçoados com um efetivo perfil de codificação e não de mero estatuto. Contudo, o próprio autor refuta tal corrente de pensamento, sob o fundamento de que, partindo daquele critério, o diploma baiano sequer antecederia o diploma do Estado do Espírito Santo. (MAZZEI Código de Processo Civil do Espírito Santo: Breve Notícia Histórica. 2014. p. 14-15)

¹¹² Alcides de Mendonça Lima também identifica a corrente doutrinária que atribui à Bahia a edição do primeiro Código de Processo Civil estadual, a qual por ele é refutada em favor do suposto vanguardismo do Rio Grande do Sul, em detrimento da legislação do Pará. (LIMA, Alcides de Mendonça. A primazia do Código do Processo Civil do Rio Grande do Sul. **Revista da Ajuris**, nº 7, Julho/1976, p. 94-96).

65, de 15 de janeiro de 1908, que instituiu o seu Código de Processo Civil e Comercial¹¹³.

Nos anos seguintes, diversos códigos de processo civil foram editados pelos Estados, sendo o último o Decreto n. 28, de novembro de 1930, da Paraíba. Os Estados de Mato Grosso, Goiás, Amazonas e Alagoas não chegaram a editar os seus¹¹⁴.

Paralelamente à edição dos códigos de processo estaduais, em 01 de janeiro de 1916, é sancionado o primeiro Código Civil brasileiro, fruto do labor de Clóvis Beviláqua e inspirado nos ideais liberais do Código Civil francês e da estrutura orgânica do BGB alemão¹¹⁵.

Tal código tinha a pretensão de completude e almejava exercer o papel de estatuto único, através do qual operaria o monopólio das relações privadas e ostentaria, como principais valores, a segurança e o indivíduo, este considerado enquanto contratante e proprietário¹¹⁶.

A dicotomia entre público e privado é marcante, pois caberia ao Código Civil regular completamente as relações privadas – fundadas no império da vontade –, enquanto à Constituição Federal, o papel de carta política, orientadora da atividade legislativa.

Assim, o papel da instituição de uma codificação com o emprego de dispositivos fechados tinha por escopo controlar a atividade do julgador, conferindo segurança jurídica às classes dominantes, compostas por proprietários rurais e pela burguesia mercantil¹¹⁷.

Impende se observar que a expressão “autonomia da vontade”, geralmente utilizada como representativa de império da vontade, na verdade, foi cunhada por Emmanuel Gounot, no início do século XX, na tese “*Le principe de l'autonomie de la volonté em droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme*”, como crítica

¹¹³ COSTA, Moacyr Lobo. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. 1970. p. 65

¹¹⁴ COSTA, Moacyr Lobo. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. 1970. p. 68-69

¹¹⁵ MAZZEI. Apresentação: Noções Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. 2005, p. XXVIII-XXX.

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 3.

¹¹⁷ MAZZEI. Apresentação: Noções Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. 2005, p. XXXI e XXXIV.

às ideias liberais e individuais. Gounout primeiro sintetizou o princípio para depois demoli-lo¹¹⁸.

De fato, com o crescimento do processo industrial e dos movimentos sociais, ao longo do século XIX, e a eclosão da Primeira Guerra Mundial, tornou-se inevitável a necessidade de intervenção estatal – tanto no Brasil como na Europa –, o que gerou impacto nas codificações, as quais tiveram que passar a conviver com leis extracodificadas – “legislações de emergência” – com o escopo de atender as demandas estruturais e contingentes¹¹⁹.

Em 1930, Getúlio Vargas edita o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, o qual manteve, formalmente, a vigência da Constituição de 1891, como se pode depreender da leitura dos artigos 1º¹²⁰, 4º¹²¹ e 5º¹²². Estes previam, até a instituição de uma nova constituinte, o exercício de um poder discricionário pelo Governo Provisório – com concentração dos poderes Executivo e Legislativo –, a suspensão das garantias constitucionais e o controle jurisdicional sobre essas, bem como a manutenção formal das disposições constitucionais, as quais poderiam ser afastadas a qualquer momento pelo governo.

No exercício de tais poderes, Getúlio Vargas editou o Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, o qual buscava regular as condições e os processos de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais. Em tal documento, restou prevista expressamente a possibilidade de as partes celebrarem acordo, em qualquer fase do procedimento, os quais seriam homologados por sentença irrecorrível¹²³.

¹¹⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 66-67.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 4.

¹²⁰ Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país; [...]

¹²¹ Art. 4º Continuam em vigor as Constituições Federal e Estaduais, as demais leis e decretos federais, assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais, todos; porém, inclusive as próprias constituições, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decreto dos atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados, na esfera de atribuições de cada um.

¹²² Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores. Parágrafo único. É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais.

¹²³ Art. 28. Em qualquer fase do processo poderão as partes fazer acôrdo, uma vez que não transgridam os princípios de ordem pública, determinadores desta lei. Parágrafo único. Esses acôrds serão, sempre, homologados por sentença da qual não haverá recurso.

Em 16 de julho de 1934, é promulgada uma nova Constituição Federal, que buscava harmonizar os constitucionalismos liberal e social e incorporava uma série de inovações oriundas das Constituições do México (1917), de Weimar (1919) e da Constituição Espanhola (1931), o que ocasionou um alargamento da matéria constitucional¹²⁴.

A nova Carta Magna incorporou a política legislativa do *Welfare State*, corporificada a partir dos anos 30, o que acentuou o processo de produção de leis extracodificadas, as quais já não guardavam um caráter emergencial e passavam a constituir o fenômeno do dirigismo contratual¹²⁵.

A Constituição de 1934 estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre direito processual¹²⁶ e aos Estados atribuiu a competência para legislar sobre as suas divisões e organizações judiciárias¹²⁷, facultando a criação da Justiça de Paz eletiva, bem como criou a Justiça do Trabalho – composta por Tribunais do Trabalho e Comissões de Conciliação¹²⁸ –, na esfera administrativa, expressamente excluída do âmbito do Poder Judiciário¹²⁹.

Apesar da criação da Justiça do Trabalho na Constituição de 1934, a sua efetiva instalação somente ocorreu em 1941, como fruto de um processo intimamente ligado à conciliação.

[...] A Justiça do Trabalho resulta de uma evolução que é iniciada com os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, criados em 1907 para decidir as controvérsias entre o trabalho e o capital, na prática sem qualquer ressonância.

¹²⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Poente Constitucionalismo Brasileiro: A Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 396.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 6.

¹²⁶ Art 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; [...]

¹²⁷ Art 104 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: [...] § 4º - Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça comum.

¹²⁸ Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

¹²⁹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo, LTr, 2017. p. 183.

Seguiram-se as Comissões Mistas de Conciliação, de 1932, e até 1937 foram instaladas 38 comissões. Destinavam-se a tentar a composição entre os trabalhadores e os empregadores quanto aos conflitos coletivos. Para os conflitos individuais o Governo criou as Juntas de Conciliação e Julgamento, em maior número, existindo, na mesma ocasião, 75 Juntas.

A estrutura acima descrita recebeu críticas dos doutrinadores da época, e as comissões e as Juntas foram consideradas organismos fracos porque não estavam revestidos de poderes mais amplos para impor soluções, já que suas tarefas resumiam-se à tentativa de conciliação. Somente em 1º de maio de 1939, com o Decreto-lei n. 1.237, foi, finalmente, constituída a Justiça do Trabalho. Foi instalada, oficialmente, em 1º de abril de 1941 tendo como órgãos as Juntas, os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, estes últimos alterados, em 1946, para Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, passando de órgãos não judiciais a órgãos integrantes do Poder Judiciário.¹³⁰

Com a promulgação da Constituição Federal de 1937, pouca coisa afeta ao presente estudo foi alterada, visto que a competência para legislar sobre direito processual permaneceu reservada à União¹³¹, os Estados mantiveram a possibilidade de criação da Justiça de Paz¹³² e houve a manutenção da previsão da Justiça do Trabalho¹³³. As únicas alterações que merecem ser destacadas dizem respeito à possibilidade de os Estados criarem organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios¹³⁴, e a vedação expressa da greve e do *lock-out* como instrumentos de pressão nas negociações trabalhistas¹³⁵.

Quase dois anos após, foi editado o primeiro código de processo civil brasileiro. O Código de Processo Civil de 1939, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, não continha qualquer dispositivo que estimulasse a autocomposição das partes. Tal diploma era dividido em 10 Livros: I - Disposições gerais; II - Do processo em geral; III - Do processo ordinário; IV - Dos processos especiais; V - Dos processos acessórios; VI - Dos processos da competência

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

¹³¹ Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;

¹³² Art. 104 - Os Estados poderão criar a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com a ressalva do recurso das suas decisões para a Justiça togada.

¹³³ Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

¹³⁴ Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: [...] d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;

¹³⁵ Vide a parte final do art. 139 da Constituição de 1937 citada na nota 43.

originária dos tribunais; VII - Dos recursos; VIII - Da execução; IX - Do Juízo Arbitral; X - Disposições finais e transitórias.

Segundo Alfredo Buzaid, tal diploma foi elaborado segundo os princípios modernos da ciência do processo, haja vista que o Código de Áustria, o de Portugal e o da Alemanha, além dos trabalhos de revisão legislativa na Itália, serviram de paradigma para a sua edição¹³⁶.

A partir da leitura do CPC/1939, verifica-se que esse apenas se limitava a prever a possibilidade de homologação de acordos em alguns procedimentos especiais – v.g., desquite por mútuo consentimento¹³⁷, partilha¹³⁸ e procedimento de divisão e demarcação¹³⁹ –, além de conferir efeitos jurídicos à transação, à desistência e à confissão¹⁴⁰, em quaisquer procedimentos.

O CPC/1939, inspirado nas Ordenações Filipinas, não previa o reconhecimento jurídico do pedido, tratando tal modalidade de autocomposição como confissão¹⁴¹. A distinção entre reconhecimento do pedido e confissão somente veio a ser realizada pelo CPC/1973.

Outra questão que deve ser pontuada é que o CPC/39 ainda não trabalhava com dicotômica forma de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267 do CPC/1973; art. 485 do CPC/2015) e com resolução de mérito (art. 269 do CPC/1973;

¹³⁶ BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos. In: **Código de Processo Civil: Histórico da Lei**. Vol.1. tomo 1. Brasília: Senado Federal, 1974. p. 11.

¹³⁷ Art. 642. O desquite por mútuo consentimento será requerido em petição assinada pelos cônjuges, ou a seu rôgo, se não souberem ou não puderem escrever, instruída com certidão de casamento realizado há mais de dois (2) anos e, se houver: [...]

¹³⁸ Art. 512. Nos inventários em que os herdeiros forem capazes, a partilha do acervo hereditário poderá ser feita amigavelmente, depois de pago o imposto devido. Parágrafo único. A partilha amigável, feita por escritura pública, não dependerá de homologação judicial; a que se fizer por escrito particular, será homologada, depois de assinado pelos herdeiros o termo de ratificação. A partilha amigável poderá também ser feita por termo nos autos.

¹³⁹ Art. 439. Findo o prazo, serão os autos conclusos ao juiz, que marcará a audiência de instrução e julgamento, na qual homologará, ou não, a divisão ou a demarcação.

¹⁴⁰ Art. 55. Si o processo terminar por desistência ou confissão, as custas serão pagas pela parte que houver desistido ou confessado; si terminar por transação, serão pagas por metade, salvo acordo em contrário./ Art. 206. A cessação da instância verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz./ Art. 207. Quando a transação ou a desistência não compreender todas as questões debatidas no processo, continuará a instância em relação às remanescentes./ Art. 1.010. Somente se suspenderá o curso da execução quando nos embargos se alegar um dos seguintes fatos: II – pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, concordata judicial, transação e prescrição superveniente à sentença exequenda;/ Art. 1.011. Dentro dos cinco (5) dias seguintes à arrematação, adjudicação, ou remissão, o executado poderá opor embargos de nulidade da execução, pagamento, novação, concordata, judicial, transação e prescrição, supervenientes à penhora.

¹⁴¹ TALAMINI, Eduardo. Saneamento do Processo. **Revista de Processo**. vol. 86, Abr. / Jun, p. 76-111, 1997.

art. 487 do CPC/2015). O CPC/1939 trabalhava com o conceito de “instância”¹⁴², estabelecendo que, a teor do art. 196: “a instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença”.

A absolvição de instância se tratava de fato ilícito, decorrente da inobservância de algum ônus imposto pela lei processual e, em regra, não impedia a repositura da ação¹⁴³ – situação análoga à extinção do processo sem julgamento do mérito. Já a cessação de instância, a teor do art. 206: “[...] *verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz*”.

No conceito de desistência, compreendia-se, indistintamente, a renúncia ao direito material e a desistência da ação. Portanto, a sentença homologatória de desistência acarretava a cessação de instância e não a absolvição de instância.

Renunciando o autor ao seu direito material subjacente (desistência do pedido - art. 206), transigindo as partes, desistindo o autor do processo (desistência da ação - art. 181) ou reconhecendo o réu a procedência do pedido (art. 55), cessava a instância, mediante prévia homologação pelo juiz. Tais fenômenos, que no Código anterior suspendiam o normal andamento do processo, ou mesmo extinguíam-no, mereceram, no atual diploma processual, tratamento sistemático diverso.

[...]

Já as causas de absolvição da instância (art. 201), mais a desistência da ação (causa de cessação da instância) foram incluídas, entre outras, como ensejadoras da extinção do processo, sem julgamento do mérito, no diploma vigente (art. 267).

A transação, expressamente prevista no Código anterior como motivo a ensejar a cessação da instância, mais a renúncia pelo autor do direito material sobre o qual se fundava sua pretensão, assim como o reconhecimento do pedido pelo réu (entendidas, as duas últimas, como causas de cessação da instância no regime anterior), são fatos que a lei em vigor elencou, entre outros, no art. 269, ao regular a extinção do processo com julgamento do mérito.¹⁴⁴

Em 1^a de maio de 1943, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 5.452, intitulado como Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Maurício Godinho Delgado leciona que tal

¹⁴² “A expressão “instância” não tem sentido unívoco. É palavra que pode ser usada ora no sentido de grau de jurisdição, ora com o significado de processo ou relação processual. Embora não deixasse de fazer uso da expressão em sua primeira acepção (v.g. arts. 819 e 824), o Código de 1939 empregava, muitas vezes, a expressão instância na sua segunda acepção. Valia, à época, o conceito de instância como sendo o “espaço temporal dentro do qual se trata e termina a causa com decisão final.” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. História do Processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico. **Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**. v. 9, p. 129-162, nov. 2001. Disponível em: <<http://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/135>>. Acesso em: 04 fev. 2019).

¹⁴³ MARCATO, Antonio Carlos. Da extinção anormal do processo. **Revista de Processo**, vol. 18, Abr./Jun., p. 75 – 87, 1980.

¹⁴⁴ MARCATO. **Da extinção anormal do processo**. 1980. p. 75 – 87.

diploma legislativo, apesar de apresentar a nomenclatura de “consolidação”, representou alterações e inovações na legislação trabalhista existente, as quais lhe conferiam a natureza de um “código do trabalho”.¹⁴⁵

Nesse primeiro momento, o enfoque dado à conciliação foi tão evidente que o próprio órgão incumbido do procedimento era intitulado “Junta de Conciliação e Julgamento”, composto por um 1 presidente e 2 vogais, estes representantes dos empregadores e empregados¹⁴⁶.

Com a promulgação da Constituição de 1946, em 18 de setembro daquele ano, verifica-se uma importante mudança do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que a Justiça do Trabalho passou a integrar sua estrutura¹⁴⁷. Apesar de ser mantida a possibilidade de os Estados instituírem juízos de paz, houve supressão da referência a tais juízos serem eletivos, além da atribuição de uma natureza temporária¹⁴⁸. A competência legislativa sobre direito processual subsiste com a União¹⁴⁹.

Dado curioso é que a Constituição de 1946 consolidou a alteração implementada poucos dias antes pelo Decreto-Lei 9.797, de 9 de setembro de 1946, o qual alterava a Consolidação das Leis do Trabalho para modificar a estrutura da Justiça do Trabalho¹⁵⁰ e atribuir a competência de presidir a Junta de Conciliação e Julgamento a um juiz do trabalho¹⁵¹, dentre outras alterações.

Em 1949, foi ditada a Lei nº 968, de 10 de dezembro, a qual estabeleceu uma fase preliminar de conciliação nos processos de despeito litigioso e de alimentos¹⁵².

¹⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p.120-121.

¹⁴⁶ Art. 647. Cada Junta de Conciliação e Julgamento terá a seguinte composição: a) um presidente; b) dois vogais, sendo um representante dos empregadores e outro dos empregados. Parágrafo único. Haverá suplente para o presidente e um para cada vogal.

¹⁴⁷ Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: [...] V - Juízes e tribunais do trabalho. / Art. 122. Os órgãos da justiça do trabalho são os seguintes: I - Tribunal Superior do Trabalho; II - Tribunais Regionais do Trabalho; III - Juntas ou juízes de conciliação e julgamento.

¹⁴⁸ Art. 124. Os Estados organizarão a sua justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: X - poderá ser instituída a justiça de paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei;

¹⁴⁹ Art. 5º Compete à União: [...] XV - legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho; [...]

¹⁵⁰ Art. 644. São órgãos da Justiça do Trabalho: a) o Tribunal Superior do Trabalho; b) os Tribunais Regionais do Trabalho; c) as Juntas de Conciliação e Julgamento ou os Juízos de Direito.

¹⁵¹ Art. 647 - Cada Junta de Conciliação e Julgamento terá a seguinte composição a) um juiz do trabalho, que será seu Presidente; b) dois vogais, sendo um representante dos empregadores e outro dos empregados. Parágrafo único - Haverá um suplente para cada vogal.

¹⁵² Art. 1º Nas causas de despeito litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação.

Tal conciliação tinha por escopo a reconciliação do casal ou, quando essa não fosse possível, a transação acerca do seu objeto. Nessa hipótese, o juiz converteria o procedimento em desquite por mútuo consentimento, quando houvesse concordância das partes¹⁵³.

Na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, o golpe militar destituiu o Presidente João Goulart¹⁵⁴. Logo após, no dia 09 de abril de 1964, foi editado o Ato Institucional n.º 01, o qual, formalmente, mantinha em vigor a Constituição de 1946¹⁵⁵.

A Constituição de 1967 preservou a competência privativa da união para legislar sobre direito processual¹⁵⁶, manteve a previsão do diploma anterior de uma Justiça de Paz temporária¹⁵⁷ e manteve as Juntas de Conciliação e Julgamento trabalhistas como órgãos do Poder Judiciário¹⁵⁸.

No ano seguinte, editou-se a Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, a qual previa um procedimento especial para a ação de alimentos. Em tal procedimento, o credor de alimentos poderia propor a ação sem a representação de advogado¹⁵⁹ e, ato contínuo, seria designada “audiência de conciliação e julgamento”¹⁶⁰. Nesse momento

¹⁵³ Art. 3º Obtida a reconciliação, o juiz, em despacho, fará constar o fato da inicial, que devolverá ao autor, com todos os documentos e traslados, se houver, e mandará cancelar a distribuição. Antes da devolução, o réu poderá pedir, para seu documento, as certidões que quiser. / Art. 4º Se não conseguir a reconciliação dos cônjuges, nos casos de desquite litigioso, em se tratando de casamento realizado há mais de dois anos, o juiz promoverá a solução do litígio por meio de desquite amigável, que, se fôr aceito, será processado na forma da legislação em vigor.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pg. 73

¹⁵⁵ Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

¹⁵⁶ Art 8º - Compete à União: [...] XVII - legislar sobre: [...]b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho; [...]

¹⁵⁷ Art 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: [...] § 1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: [...] c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis;

¹⁵⁸ Art 133 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes: [...] III - Juntas de Conciliação e Julgamento./ Art 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial.

¹⁵⁹ Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

¹⁶⁰ Art. 6º Na audiência de conciliação e julgamento deverão estar presentes autor e réu, independentemente de intimação e de comparecimento de seus representantes.

processual, o juiz deveria propor a conciliação às partes e oportunizar ao réu contestar¹⁶¹.

O Ato Institucional n.º 05, de 13 de dezembro de 1968, conferiu poderes quase absolutos ao Presidente ao lhe dar a possibilidade de: 1) fechar o Congresso Nacional e exercer as suas competências legislativas¹⁶²; 2) intervir nos Estados e Municípios, nomeando interventores, sem as limitações da Constituição¹⁶³; 3) suspender os direitos políticos de qualquer cidadão¹⁶⁴; 4) demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer agentes públicos, inclusive, os membros do Poder Judiciário¹⁶⁵.

O Ato Institucional n.º 11, de 14 de agosto de 1969, extinguiu a Justiça de Paz eletiva e outorgou aos Governadores dos Estados e Territórios e ao Prefeito do Distrito Federal a nomeação dos Juízes de Paz temporários.¹⁶⁶

Com fundamento no Ato Institucional n.º 05/68 e no Ato Institucional n.º 12/69¹⁶⁷, a Junta Militar, que exercia as funções de chefe do Poder Executivo, outorgou a

¹⁶¹ Art 9º Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a contestação, se houver, ou dispensada a leitura o Juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação.

¹⁶² Art. 2º O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dêle, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. [...] § 1º Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em tôdas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

¹⁶³ Art. 3º O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único. Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão tôdas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

¹⁶⁴ Art. 4º No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. [...]

¹⁶⁵ Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando fôr o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

¹⁶⁶ Art. 4º - Fica extinta a Justiça de Paz eletiva, respeitados os mandatos dos atuais Juízes de Paz, até o seu término. Parágrafo único - Os Juízes de Paz temporários serão nomeados, nos Estados e Territórios, pelos respectivos Governadores, e, no Distrito Federal, pelo seu Prefeito, pelo prazo de três anos, podendo ser reconduzidos, aplicando-se este limite aos atuais ocupantes dessas funções, salvo nos que as exercem em virtude de eleição anterior.

¹⁶⁷ Art. 1º Enquanto durar o impedimento temporário do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, por motivo de saúde, as suas funções serão exercidas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar nos termos dos Atos Institucionais e Complementares, bem como da Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, a qual não se tratou de verdadeira emenda, e, sim, de nova constituição, uma vez que se cuidava de documento que visava a substituir integralmente a Constituição de 1967¹⁶⁸. Tal escopo estava tão evidente que a EC 01/69, em seu art. 1º, dispunha que “A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação:”.

Entretanto, tal emenda não consubstanciou nenhuma alteração relevante para o objeto do presente estudo, haja vista que, assim como a redação original da Constituição de 1967, mantinha: a competência privativa da união para legislar sobre direito processual¹⁶⁹, as Juntas de Conciliação e Julgamento trabalhistas como órgãos do Poder Judiciário¹⁷⁰ e a competência dos Estados para instituir a Justiça de Paz temporária¹⁷¹. A única modificação que cumpre ser destacada é que a EC 01/69, expressamente, atribuiu aos Tribunais de Justiça a iniciativa de proposta de lei para dispor acerca dos Juízes de Paz.

Em 11 de janeiro de 1973, instituiu-se um novo código de processo civil, conhecido como “Código Buzaid”, em referência ao autor do seu anteprojeto, Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça.

Apesar de seu advento ocorrer durante o Regime Militar, a ideia de criação de um novo código teve origem no início da década de 60, quando o governo Jânio Quadros/ João Goulart convidou o próprio jurista Alfredo Buzaid para trabalhar na elaboração de um novo diploma processual. Apesar de o labor de Buzaid ter sido entregue em 1964 – já no contexto do Regime Militar –, apenas em 1972 o projeto de

¹⁶⁸ “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 reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. [...]” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87)

¹⁶⁹ Art. 8º. Compete à União: [...]XVII - legislar sobre: [...] b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

¹⁷⁰ Art. 141. Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes: [...] III - Juntas de Conciliação e Julgamento. / Art. 142. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.

¹⁷¹ Art. 144. Os Estados organizarão a sua justiça, observados os artigos 113 a 117 desta Constituição e os dispositivos seguintes: [...] § 1º A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: [...] c) justiça de paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecorríveis;

novo diploma processual foi apresentado ao Congresso Nacional em um texto modificado¹⁷².

O Código de Processo Civil de 1973, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, em sua redação originária, passou a estimular timidamente a autocomposição, através da conciliação, em seus artigos 278, §1º, 447, 448 e 449¹⁷³.

Os três últimos dispositivos constituíam uma seção própria, dentro do capítulo destinado à audiência de instrução e julgamento do procedimento ordinário, enquanto que o primeiro dispositivo integrava o conjunto de enunciados normativos do procedimento sumário.

A desistência deixou de acarretar a “cessação de instância” (nomenclatura utilizada pelo CPC/39) e passou a ser causa de “extinção do processo sem julgamento do mérito”.¹⁷⁴

Outra modificação implementada diz respeito à distinção entre confissão¹⁷⁵ e reconhecimento jurídico do pedido¹⁷⁶, haja vista que este passou a ser tratado como ato da parte que enseja a extinção do processo com resolução do mérito¹⁷⁷, ao passo que aquela manteve a sua natureza de modalidade de prova.

A partir desse momento, o reconhecimento do pedido não se confunde mais com a confissão, visto que não se apresenta como um reconhecimento dos fatos, mas, sim, como uma manifestação de concordância com o próprio pedido da parte contrária¹⁷⁸.

¹⁷² MAZZEI. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016. p. 41-69.

¹⁷³ Art. 278. O réu será citado para comparecer à audiência que não se realizará em prazo inferior a dez (10) dias contados da citação, nela oferecendo defesa escrita ou oral e produzindo prova. § 1º Na audiência, antes de iniciada a instrução, o juiz tentará conciliar as partes, observando-se o disposto no art. 448./ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação./ Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo./ Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

¹⁷⁴ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: VIII - quando o autor desistir da ação;

¹⁷⁵ Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

¹⁷⁶ Art. 26. Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

¹⁷⁷ Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: [...] II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido formulado pelo autor;

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47

A renúncia ao direito objeto do processo¹⁷⁹ passou a ser prevista, expressamente, como modalidade de conduta que acarreta a extinção do processo.

Note-se que, até este momento, a legislação pátria não continha regra autorizativa de homologação judicial de autocomposições realizadas sobre questões ainda não submetidas à cognição judicial, com exceção dos artigos 982¹⁸⁰, 1.120¹⁸¹ e 1.124¹⁸² do Código de Processo Civil de 1973, que previam a possibilidade de homologação judicial de acordo extrajudicial de inventário e partilha, quando as partes fossem capazes, bem como a possibilidade de homologação de pedido de desquite por mútuo consentimento, através de procedimentos de jurisdição voluntária.

Sob a égide do código antecedente, o legislador previa a obrigatoriedade de adoção de via judicial para o inventário e para a separação. Portanto, em relação a esses procedimentos especiais, o CPC/73 não representou nenhuma real inovação em relação ao diploma que o antecedeu.

Tal quadro se alterou com a edição da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), a qual, apesar de manter a obrigatoriedade da via judicial, passou a autorizar, pela primeira vez, o divórcio¹⁸³ – litigioso e consensual – e substituiu a nomenclatura “desquite por mútuo consentimento” por “separação consensual”¹⁸⁴.

No ano seguinte, foi publicado, na Itália, o projeto de pesquisa intitulado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, com quatro volumes, sob a coordenação de Mauro Cappelletti¹⁸⁵, fruto de uma pesquisa iniciada em 1973, em 23 países.

¹⁷⁹ Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: [...] V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

¹⁸⁰ Art. 982. Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes. § 1º Se capazes todos os herdeiros, podem, porém, fazer o inventário e a partilha por acordo extrajudicial. § 2º O acordo pode constar de instrumento público ou ser feito por instrumento particular; qualquer que seja a sua forma, deverão os herdeiros requerer a homologação por sentença, depois de ratificado por termo nos autos.

¹⁸¹ Art. 1.120. O desquite por mútuo consentimento será requerido em petição assinada por ambos os cônjuges.

¹⁸² Art. 1.124. Homologado o desquite, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição onde se acham registrados.

¹⁸³ Cristino Chaves de Araújo e Nelson Rosenvald lecionam que a Lei 6.515/77 veio a regulamentar a Emenda Constitucional nº 09/77, a qual modificou a redação do art. 175 da Constituição Federal para autorizar o divórcio. Este se traduzia na possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial, enquanto o desquite apenas colocava fim à sociedade conjugal, sem desconstituir o vínculo e impedindo novo matrimônio. (ARAUJO, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 378)

¹⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação de divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 110-111.

¹⁸⁵ “The present essay is one of the fruits of a four-year comparative research project entitled “Florence Access-to-Justice Project,” sponsored by the Ford Foundation and, with a slightly more local focus, the Italian National Council of Research (CNR). The essay will serve as the General Report introducing the Project’s forthcoming four-volume series. The volumes, being published by Sijthoff (Leyden and Boston) and Giuffrè (Milan) under the general editorship of Mr. Cappelletti are: Volume I. Access to Justice: A

Cappelletti e Garth, em trabalho intitulado “*Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective*”, identificaram a existência de três ondas de acesso à justiça: 1º) assistência judiciária (*Legal Aid for the Poor*); 2º) representação jurídica para interesses “difusos” (*Legal Representation of “Diffuse” Interests*); 3º) enfoque no acesso à justiça (*Access-to-justice approach*)¹⁸⁶.

Nessa terceira onda renovatória, foram expressamente referidos as vantagens e benefícios da adoção de “Métodos Alternativos de Solução de Litígios” (*Devising Alternative Methods to Decide Legal Claims*), bem como da adoção de procedimentos especiais para pequenas causas (*Small Claims*). Ressalte-se que uma onda renovatória de acesso à justiça não implica a superação das ondas que a antecedem¹⁸⁷.

A referência a tal trabalho é relevante, pois o seu conteúdo demonstra uma crescente preocupação com os efetivos resultados do processo e com a eliminação das barreiras ao acesso à justiça, uma vez que a exacerbada postura autonomista entre direito material e processual acabou por criar um grande distanciamento entre tais ramos do direito, frustrando os ideais de justiça vigentes¹⁸⁸.

World Survey (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); Volume II. Access to Justice: Studies of Promising Institutions (edited by Mr. Cappelletti and Mr. John Weisner); Volume III. Access to Justice: Emerging Perspectives and Issues (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); and Volume IV. Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective (edited by Professor Klaus-Friedrich Koch).” (GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective.** Maurer School of Law. Indiana University. 1978. p. 181. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub>>. Acesso em 10.01.2019.

¹⁸⁶ GARTH; CAPPELLETTI. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective.** 1978. p. 196.

¹⁸⁷ “[...] The emerging “access-to-justice approach” to legal reform, however, has a much wider range. This “third wave” of reform includes but goes beyond advocacy, whether inside or outside of the courts, and whether through governmental or private advocates. Its focus is on the full panoply of institutions and devices, personnel and procedures, used to process, and even prevent, disputes in modern societies. We call it the “access-to-justice approach” because of its overall scope; its method is not to abandon the techniques of the first two waves of reform, but rather to treat those reforms as only several of a number of possibilities for improving access. [...] Further, this approach recognizes the need to relate and adapt the civil process to the type of dispute. There are a number of characteristics that may distinguish one dispute from another; in particular, different barriers to access may be salient and different remedies effective. Disputes, for example, differ in their general complexity.” (GARTH; CAPPELLETTI. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective.** 1978. p. 222, 223 e 225.

¹⁸⁸ “[...] A premissa que orienta o declínio do processualismo (e do formalismo processual que lhe é correspondente) é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. [...]” (MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS.** n.º 3, vol. X., 2015. p. 257)

Depois, suplantada a fase sincrética pela autonomista, foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento apenas do direito material, sem a consciência de seus escopos metajurídicos e de suas responsabilidades perante a sociedade e seus valores. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo.¹⁸⁹

Em 1º de janeiro de 1979, entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, que revogou todos os Atos Institucionais e Complementares, no que fossem contrários à Constituição vigente, ressalvando os atos praticados com base neles¹⁹⁰.

Em 07 de novembro de 1984, a Lei nº 7.244 passou a dispor sobre a possibilidade de criação – não era obrigatória, a teor do seu art. 1º¹⁹¹ – e o funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, os quais devem se orientar pela busca, sempre que possível, da conciliação¹⁹². Nesse sentido, cumpre se salientar que a lei não instituiu apenas o procedimento sumaríssimo, mas almejou implementar um programa de reforma e um novo método de pensamento¹⁹³, concretizando o princípio do devido processo legal¹⁹⁴.

[...] Quanto à idéia-matriz, porém, que é a de facilitar o acesso à Justiça, pouca voz discordante se ouviu. Algumas pessoas procuraram substituir a idéia de criação do Juizado Especial de Pequenas Causas pela proposta de

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018. p. 19

¹⁹⁰ Art. 3º São revogados os Atos Institucionais e Complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.

¹⁹¹ Art. 1º Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico.

¹⁹² Art. 2º O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.

¹⁹³ CAPPELLETI, Mauro. **O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento**. Trad. Hermes Zaneti Junior. Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan./fev., 2008. p. 209-221.

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos Constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 9

aperfeiçoamento do procedimento sumaríssimo, não se dando conta que não se tratava de um novo tipo de procedimento, e sim um conjunto de inovações, que vão desde nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação procedimental. [...] ¹⁹⁵

Contrariando a lógica formalista do CPC/1973, os Juizados Especiais de Pequenas Causas inovaram ao tentar possibilitar a homologação de autocomposição, sem prévia ação ajuizada, conforme disposto em seu art. 18: “*Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio do pedido e a citação*”, ou seja, tal dispositivo autorizava uma imediata conciliação judicial ¹⁹⁶, antes mesmo da propositura da ação.

Já o *caput* do art. 55 foi além e dispôs que: “*O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial*”.

A partir da simples leitura do dispositivo, resta claro que o art. 55 estabelece norma autorizativa de homologação de acordos extrajudiciais, a qual extrapola o âmbito de competência dos juizados de pequenas causas e se mostra aplicável aos procedimentos em geral. Ademais, trata-se de homologação de acordo feito fora do âmbito de qualquer processo instaurado, visto que não se poderia interpretar o referido dispositivo legal como dispensável ou sem nenhuma eficácia, uma vez que o art. 584, inciso III, do CPC/1973 ¹⁹⁷, já previa a homologação de transação realizada no âmbito judicial ¹⁹⁸.

O parágrafo único do art. 55 ainda estabelecia que: “*valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público*”. Trata-se de norma que conferiu uma nova atribuição para o Ministério Público, fortalecendo uma tradição de defesa do trabalhador e de pessoas carentes ¹⁹⁹.

No ano seguinte, é promulgada a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, que teve por escopo a convocação de uma Assembleia Nacional

¹⁹⁵ WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 1.

¹⁹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Manual do Juizado de Pequenas Causas**: anotações à Lei n. 7.244, de 7-11-1984. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 142

¹⁹⁷ Art. 584. São títulos executivos judiciais: III - a sentença homologatória de transação, de conciliação, ou de laudo arbitral;

¹⁹⁸ FRONTINI, Paulo Salvador. O Ministério Público no Juizado de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 192.

¹⁹⁹ FRONTINI. O Ministério Público no Juizado de Pequenas Causas. 1985. p. 193.

Constituinte. Em razão de a maior parte de seu regramento não alterar em nada a constituição vigente – salvo uma pequena modificação em relação à alínea "c" do § 1º do art. 151, que versava acerca de inelegibilidade –, a doutrina criticou a utilização do instrumento de emenda à constituição, pois tal emenda possuía natureza de ato político e não jurídico²⁰⁰.

No ano de 1986, o professor Candido Rangel Dinamarco se torna professor titular da Universidade de São Paulo (USP), a partir da apresentação da tese “Instrumentalidade do Processo”^{201 202}, obra que seria publicada pela primeira vez no ano seguinte²⁰³ e que permitiria que o instrumentalismo ganhasse corpo no Brasil²⁰⁴.

Por essa razão, inicia-se uma terceira fase do Direito Processual que, no Brasil, é denominada, por Candido Rangel Dinamarco, de *Instrumentalismo*. Segundo o referido doutrinador, “[...] *É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual [...]*”²⁰⁵.

Como resultado natural da preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional e da realização de justiça, o Instrumentalismo promoveu uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, sem abdicar das suas autonomias²⁰⁶. Por isso, o sistema processual deve sofrer uma “revisitação” interna, com o escopo de adequá-lo às necessidades externas.

Essa “revisitação” requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-lo às necessidades externas. [...] A importância dessas inovações, como de outras verificadas ao nível infraconstitucional, reside principalmente na sua causa. Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo processo. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa

²⁰⁰ “[...] Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convocada a Constituinte para elaborar Constituição Nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87)

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Solenidade de posse dos professores Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra. **Revista da Faculdade de Direito**: Universidade de São Paulo. v 81, p. 269-275, 1996.

²⁰² Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4727823T9>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. ficha catalográfica.

²⁰⁴ MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 25.

²⁰⁵ DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013. p. 24.

²⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 19

trazer ao titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.²⁰⁷

A perspectiva instrumentalista do processo rompeu com a ideia de que o processo deve ser analisado apenas pelo seu ângulo interno e instituiu uma noção que o sistema deve ser analisado pela busca dos seus escopos sociais, políticos e jurídicos²⁰⁸.

3.3. DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

O advento da Constituição de 1988 implicou uma alteração paradigmática das influências políticas, porque rompeu com uma democracia centralista, na qual havia uma prevalência do Poderes Executivo e Legislativo, passando-se para uma democracia pluralista, fundada no reconhecimento de diversas instâncias de decisão política²⁰⁹.

Nesse sentido, cumpre se destacar a criação da Defensoria Pública como instituição extrapoder²¹⁰, essencial à justiça, com incumbência de orientação jurídica e de defesa em todos os graus dos necessitados, a qual, já na redação original da sua primeira lei orgânica nacional – Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994 – , trouxe como função institucional a promoção da conciliação extrajudicial entre as partes em conflito²¹¹.

Nessa direção, impende se observar que a solução pacífica das controvérsias se apresenta como um dos valores vetores da Constituição da República Federativa

²⁰⁷ BEDAQUE. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 2011. p. 19 e 21

²⁰⁸ DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013. p. 153-154.

²⁰⁹ ZANETI JUNIOR. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2014. p. 52.

²¹⁰ “Note-se, portanto, que a Defensoria Pública não se encontrava vinculada a nenhum dos Poderes Estatais, revelando-se errônea a afirmação de que a Instituição estaria integrada ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Em verdade, a Defensoria Pública caracteriza-se como uma instituição extrapoder, não dependendo de nenhum dos Poderes do Estado e não podendo nenhum de seus membros receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública.” (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: de acordo com a EC 74/2013. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20)

²¹¹ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;

do Brasil de 1988, visto ter sido consagrada expressamente em seu preâmbulo²¹². Não obstante o Supremo Tribunal Federal negue força normativa ao preâmbulo²¹³, não é possível desconsiderá-lo como valor e elemento ideológico que orientou a estruturação da Constituição.

Com o advento da Constituição de 1988, o Direito Constitucional sofreu três grandes transformações: "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional"²¹⁴.

Apenas na década de 80, o debate afeto à força normativa da Constituição chegou ao Brasil, de forma consistente, viabilizando a superação do modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como documento essencialmente político²¹⁵.

Da mesma forma, a hermenêutica jurídica geral foi reelaborada, o que afetou as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas de interpretação tradicionais, notadamente quanto ao papel da norma e do intérprete, o que implicou a atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais, a utilização da ponderação como técnica de decisão, especialmente diante de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais²¹⁶.

Por necessidade hermenêutica, os princípios e as cláusulas gerais elevam a jurisprudência ao nível de fonte primária do direito, ao lado da própria lei, o que representa uma passagem do discurso fechado, fundado em regras codificadas, para

²¹² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

²¹³ "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa." (ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003.)

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

²¹⁵ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2010. p. 262-263.

²¹⁶ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2010. p. 265-266.

um discurso colaborativo entre os atores processuais, de viés problemático e argumentativo, voltado a construir a melhor solução para o conflito²¹⁷.

Em razão dessa mudança de paradigma constitucional, inaugura-se uma nova fase no plano infraconstitucional conhecida como “Era dos Estatutos”, na qual há a coexistência do direito codificado ao lado de diversas leis especiais, as quais perdem o caráter excepcional e especial de outrora e passam a tratar, no setor temático de incidência, dispositivos materiais civis e penais, processuais e administrativos²¹⁸. Como consequência, houve uma notável aproximação entre direito público e privado, com a Constituição exercendo o papel de elemento unificador do sistema²¹⁹.

Nessa toada, verificou-se o surgimento de uma crescente abrangência da legislação extravagante, tais quais o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a Lei de Locações (Lei n.º 8.245/1991) e a Lei de Juizados Especiais Cíveis (Lei n.º 9.099/95).

Em razão do objeto do presente, não se pode deixar de destacar, dentre os diplomas acima, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre a criação – desta vez obrigatória – dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e que veio a substituir o Juizado de Pequenas Causas.

Tal substituição se mostrou necessária diante da ampliação do espectro conferido pela Constituição de 1988 aos “juizados especiais”, notadamente em relação à inclusão de jurisdição criminal para o processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, o que impôs a necessidade de revisão de muitos conceitos e princípios arraigados no processo penal²²⁰.

Nesse sentido, não se pode deixar de observar a inclusão de medidas despenalizadoras, as quais representam uma aproximação entre público e privado, pois veiculam matéria cível – reparação de danos – no processo penal.

Apesar de estimular a autocomposição no processo penal, não se pode ignorar a baixa carga restaurativa desses institutos, diante da pequena preocupação que há com a vítima direta do evento delituoso, a qual tem pouco espaço negocial em

²¹⁷ ZANETI JUNIOR. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2014. p. 52.

²¹⁸ TEPEDINO. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 8 e 9.

²¹⁹ TEPEDINO. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 13-13 e 20.

²²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A experiência brasileira dos Juizados de Pequenas Causas**. Revista de Processo. Vol. 101, Jan.-Mar., 2001. p. 175-189.

comparação com o órgão do Ministério Público – que é o titular da ação penal pública, mas não é vítima.

Tal premissa parte das lições de Howard Zehr, o qual defende que as práticas de justiça restaurativa podem apresentar variados graus: 1º) totalmente restaurativas; 2º) majoritariamente restaurativas; 3º) parcialmente restaurativas; 4º) potencialmente restaurativas; 5º) pseudo ou não restaurativas²²¹; sendo certo que o enquadramento em cada um desses graus dependerá da resposta dada a cada uma destas 7 (sete) perguntas:

1. O modelo dá conta de danos, necessidades e causas para todos os envolvidos?
2. É adequadamente voltado para as necessidades daqueles que foram prejudicados?
3. Aqueles que causaram danos são estimulados a assumir responsabilidades?
4. Os interessados relevantes estão sendo envolvidos?
5. Há oportunidade para diálogo e decisões participativas?
6. Todas as partes estão sendo respeitadas?
7. O modelo trata todos igualmente, levando em conta e cuidando dos desequilíbrios de poder?²²²

A partir das indagações acima, mostra-se intuitiva a baixa preocupação com a vítima, a qual sequer integra os acordos formulados em sede de transação e suspensão condicional do processo, celebrados diretamente entre Ministério Público e suposto autor do fato delituoso.

Nos juizados especiais cíveis, subsistiu o estímulo à conciliação, sendo certo que o art. 57²²³ da nova lei reproduziu, de modo literal, o disposto no art. 55 da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas.

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça buscou restringir o âmbito de aplicação do citado dispositivo para as matérias já submetidas ao crivo do Poder Judiciário, impedindo a homologação judicial de questões que já tenham sido objeto de acordo antes do ajuizamento da ação²²⁴. Nesse sentido, cumpre trazer à

²²¹ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atenas, 2015. p. 77.

²²² ZEHR. **Justiça Restaurativa**. 2015. p. 77.

²²³ Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

²²⁴ REsp nº 89.298/ES, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 28/2/2000; REsp 662923 / DF Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12/06/2006; REsp 1184151 / MS, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrigui, DJe 09/02/2012

colação fragmento do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no REsp 662923/DF:

Também eu entendo desnecessária a homologação judicial do acordo relativo ao distrato. É que assim votei em precedente desta Terceira Turma (REsp nº 89.298/ES, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 28/2/2000). O argumento do especial é o de que o art. 57 da Lei nº 9.099/95 dispõe que o acordo extrajudicial poderá ser homologado no juízo competente. Mas, isso não desqualifica a falta de interesse no provimento judicial considerando que tem força por si, até como título executivo extrajudicial, o acordo celebrado e devidamente firmado por advogados. Dir-se-á que o interesse está na necessidade de transformar o acordo em título judicial. Todavia, como bem assentado em precedente da Quinta Turma, a "falta de homologação do acordo celebrado nos autos não retira, por si só, o caráter de título executivo do documento, porém, o torna inapto para fundar uma execução por título judicial.

Exatos dois meses após a edição da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi editada a Lei n.º 9.245, de 26 de dezembro de 1995, que, dentre outras alterações no CPC então vigente, implementou uma modificação no procedimento sumário, para transformar a “audiência de instrução e julgamento” em “audiência de conciliação”. Tal modificação – apesar de buscar estimular a conciliação – não restringia aquele momento à realização da conciliação, porquanto, caso não fosse obtido o acordo, o réu deveria apresentar resposta, e o magistrado deveria decidir impugnações, além de poder julgar o mérito, caso não fosse necessária a produção de prova oral e pericial²²⁵ – hipótese na qual seria designada audiência de instrução para momento posterior²²⁶.

²²⁵ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. § 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade /Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. § 1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. § 2º Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.

²²⁶ Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia lecionam que o procedimento sumaríssimo não possuía previsão de despacho saneador, contudo, a prolação desse não era vedada ao magistrado

Em novembro de 1997, nasce o CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem –, que reuniu 19 entidades de mediação e arbitragem então existentes no Brasil, com o objetivo de estabelecer parâmetros de qualidade para a atuação, bem como disseminar e ampliar a credibilidade dos métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos²²⁷.

Em 12 de janeiro de 2000, é editada a Lei 9.958, a qual incluiu um novo título na Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título extrajudicial na Justiça do Trabalho.

Especificamente em relação às Comissões de Conciliação Prévia, tal diploma tornou obrigatória a tentativa de conciliação extrajudicial prévia no âmbito desse órgão, onde houver, por força do art. 625-D. Obtida a conciliação, o termo de acordo constituiria título executivo extrajudicial²²⁸. Caso a sessão de conciliação não fosse realizada no prazo de 10 dias ou caso a conciliação seja infrutífera, expedir-se-á declaração da frustração da conciliação para instruir a reclamação trabalhista.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar na ADI 2160, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 625-D, a fim de se afastar a obrigatoriedade de submissão prévia dos dissídios à Comissão de Conciliação Prévia, em observância ao Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Cumpra se salientar que o afastamento do dispositivo se deu por tutela de urgência, subsistindo sem julgamento a referida ADI, de modo que não há um posicionamento definido pela Corte.

Em 10 de janeiro de 2002, é editada a Lei 10.406, a qual instituiu um novo Código Civil, com *vacatio legis* de 01 ano. Tal diploma teve um papel fundamental no ordenamento jurídico, haja vista que o CC/16, em razão de seu caráter individualista e impregnado de conceitos fechados ao intérprete, colidia com a nova ordem constitucional.

A entrada em vigor do novo Código Civil não representou uma mera substituição de um código por outro, pois a mudança de paradigma não consubstanciou

(NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processo em vigor**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 418.)

²²⁷ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017. p. 21-22.

²²⁸ Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

propriamente um movimento de codificação, contrário ao processo de descodificação. Na verdade, o novo diploma civil abandona a ideia de eixo central e completude do período das codificações e assume um papel participativo e de diálogo com a Constituição e com os diversos microsistemas, o que, na verdade, representa um processo de ressystematização²²⁹.

O Código Civil de 2002 se mostrou aberto à participação dos demais diplomas através da ampla gama de cláusulas gerais, bem como da sua compatibilização com os princípios constitucionais que orientaram a sua criação e operaram significativa mudança de conteúdo no direito privado.

Para melhor compreender o papel das cláusulas gerais, cumpre-se distingui-las dos conceitos jurídicos indeterminados. Ambos são espécies do gênero das normas vagas, haja vista que ambas possuem um conceito vago a ser preenchido pelo intérprete, notadamente pelo julgador. Todavia, o conceito jurídico indeterminado possui a consequência jurídica já expressa na norma, ao passo que, nas cláusulas gerais, o intérprete tem de preencher o conceito vago, bem como a consequência jurídica²³⁰.

Assim, salta aos olhos que as cláusulas gerais conferem uma maior liberdade ao julgador – o que contraria a lógica do CC/1916 – e reforça o papel instrumental do processo, no sentido de fazer o direito processual convergir para o direito material, como forma de efetivá-lo. O papel exercido pelo juiz de criação da norma não se restringe ao momento posterior (direito processual), mas abrange também a complementação da norma primária (direito material)²³¹.

Todavia, mostra-se evidente que o Código de Processo Civil de 1973 – editado antes do fortalecimento, no Brasil, da doutrina da Instrumentalidade do Processo – possuía um caráter formalista, rígido e moroso, que não se coadunava com a nova orientação constitucional de diálogo com o direito material, razão pela qual o legislador procedeu a diversas ondas reformistas, iniciadas no princípio dos anos 90²³².

²²⁹ MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e a sua Interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: Breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *Pensamento Jurídico: Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito*. ano 1, n. 1, jan./jun., p. 245-277, São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2011. p. 261-266.

²³⁰ MAZZEI. Apresentação: Noções Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. 2005, p. LXXXII

²³¹ MAZZEI. Apresentação: Noções Iniciais à Leitura do Novo Código Civil. 2005, p. LXXXII-C

²³² ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil: Leis 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e Lei 11.280/2006. *Revista dos Tribunais*. Vol. 850, ago., 2006. p. 11-39. / ALVIM, Teresa Arruda; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A reforma do Código de Processo Civil: Dinamarco: Malheiros. *Revista de Processo*. Vol. 77, jan./mar., 1995. p. 350-351. / ARAUJO

Em relação ao objeto do presente estudo, convém se salientar a série de modificações que se operaram no CPC/1973 – as quais se iniciaram com a Lei n.º 8.953/94 e perduraram até a edição da Lei n.º 11.232/2005 – afetas à possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais.

A Lei n.º 8.953, de 13 de dezembro de 1994, alterou a redação do inciso III do art. 584 do Código de Processo Civil 1973, com o escopo de autorizar expressamente a homologação judicial de acordos sobre matérias não submetidas previamente ao juízo. Em sua redação original, o CPC/73 previa, como títulos executivos extrajudiciais “*a sentença homologatória de transação, de conciliação, ou de laudo arbitral*”. Doravante, teve sua redação alterada, para se considerar, como título executivo judicial, “*a sentença homologatória de laudo arbitral, de conciliação ou de transação, ainda que esta não verse questão posta em juízo*”.

Infelizmente, a nova redação do inciso III do art. 584 do CPC/73 – referida no final do capítulo anterior – somente permaneceu em vigor até novembro de 1996, quando terminou a *vacatio legis* da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), visto que seu art. 41 modificou novamente a redação do inciso III do art. 584, suprimindo a expressão “ainda que esta não verse questão posta em juízo”, o que fez com que o dispositivo retornasse à sua redação original.

Nesse sentido, Geovany Cardoso Jevaux sustenta a existência de verdadeiro direito adquirido processual “[...] à execução de sentença homologatória de transação ou conciliação acerca de questão ainda não posta em juízo, entre a sua inclusão pela Lei n. 8.953/1994 e a sua eliminação pela Lei n. 9.307/1996 [...]”²³³.

Posteriormente, a Lei n.º 10.358, de 27 de dezembro de 2001, novamente alterou a redação do inciso III do art. 584 do CPC/73, para considerar, como título executivo judicial, “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo”. Essa alteração foi ratificada posteriormente pela Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que alterou o CPC/73, para prever, no inciso III do art. 475-N, como título executivo judicial, “a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”.

FILHO, Luiz Paulo da Silva. Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 77, jan./mar., 1995. p. 70-103. / WAMBIER, Luiz Rodrigues. A reforma do Código de Processo Civil: 2ª fase. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 1, out., 2011. p. 907-944.

²³³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In: MAZZEI, Rodrigo (coord). **Questões Processuais do novo Código Civil**. Barueri: Manole, 2006. p. 12

Faz-se mister salientar que a Lei nº 11.232/2005 instituiu, ainda, nova espécie de título executivo judicial ao consagrar, em seu inciso V, “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”.

Em razão desta última alteração legislativa, respeitável seguimento da doutrina processualista passou a sustentar a existência de um procedimento de jurisdição voluntária voltado para a homologação de acordos extrajudiciais celebrados antes do ajuizamento da ação^{234 235}.

Contudo, instado a se manifestar acerca dessa série de alterações legislativas, o Superior Tribunal de Justiça proferiu importante decisão no REsp 1184151/MS²³⁶, no qual se manifestou expressamente acerca do alcance do art. 475-N do CPC/1973, afastando a possibilidade de o Poder Judiciário homologar acordos, sem que haja prévio litígio judicializado.

Os principais fundamentos contrários à admissão da homologação de autocomposição extrajudicial, sem que haja prévia ação ajuizada, são: (a) ausência de interesse de agir, por inexistência de lide; (b) inexistência de um procedimento de jurisdição voluntária voltado à homologação do acordo; (c) exegese do inciso III do

²³⁴ “Nunca houve dúvida de que o acordo acerca do objeto de processo em curso poderia ser submetido a homologação judicial, mesmo sendo ajustado fora dos autos. Registrou-se, entretanto, em determinada época, uma resistência por parte de alguns setores da jurisprudência ao cabimento da pretensão das partes de obterem homologação do acordo extrajudicial, antes da existência de qualquer demanda aforada entre as partes.

A reforma do CPC realizada por meio da Lei no 11.232, de 22.12.2005, espancou qualquer incerteza que acaso pairasse sobre o tema, atribuindo, categoricamente, a qualidade de título executivo judicial ao “acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente” (art. 475-N, inc. V). De maneira alguma se admite, portanto, que o juiz se recuse a homologar a transação sob pretexto de inexistir processo em curso entre as partes. O pedido de homologação, in casu, deve ser processado como expediente de jurisdição voluntária (art. 1.103).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.2. p. 160)

²³⁵ “[...] Caracteriza-se, entretanto, como título executivo judicial, todo e qualquer acordo feito extrajudicialmente, que contenha obrigação de fazer ou não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia em dinheiro, se homologado em juízo. Assim, mesmo os títulos executivos extrajudiciais, por exemplo, da LACP 5.º § 6º e da LJE 57 par. ún., se homologados em juízo, podem ser feita a) no curso de ação pendente, por comunicação da parte, que junta o acordo e requer sua homologação (CPC 269 III), que caracteriza o título executivo descrito no CPC 475-N III ou b) por meio de simples apresentação ao juízo do instrumento do acordo, para que possa ser homologado. Somente a hipótese b é que caracteriza o título executivo previsto no CPC 475-N V, aqui comentado. Esse dispositivo possibilita que negócios jurídicos de transação sejam celebrados extrajudicialmente e, independentemente de ação judicial, isto é, mesmo que não haja ação pendente entre as partes celebrantes, seja homologado em juízo mediante petição simples dirigida ao juiz. [...]”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 931)

²³⁶ REsp 1184151 / MS, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJe 09/02/2012.

art. 475-N²³⁷ do CPC/1973, no sentido de que a expressão “*ainda que inclua matéria não posta em juízo*” impõe a existência de lide previamente posta em juízo; (d) necessidade de valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas próprias partes; (e) sobrecarga de trabalho dos tribunais, associada a uma visão de que a atividade do conciliador/mediador é menos relevante do que a do julgador.

Também não se pode olvidar de que, na mesma linha de raciocínio, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1318315/AL sob o rito dos recursos repetitivos, aprovou o tema 550, estabelecendo que:

É despicienda a homologação judicial do termo de transação extrajudicial, posto que inviável a execução de tal providência, diante da inexistência, à época da celebração do acordo, de demanda judicial entre as partes transigentes.

Portanto, como restou demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido da inexistência de um procedimento de jurisdição voluntária com escopo de homologar acordos extrajudiciais que versem sobre matérias não submetidas, ainda, à cognição judicial, além de demonstrar que, segundo a visão da corte superior, atribuir ao juiz o papel homologatório de acordos representaria uma diminuição valorativa do papel do julgador.

Acerca desse último aspecto, não se pode deixar de observar que Kazuo Watanabe se referia à existência, nesse mesmo período, de uma verdadeira “Cultura da Sentença”, decorrente de uma mentalidade forjada nas academias e reforçada na práxis forense de que a função de conciliar é menos nobre do que a função de sentenciar, e que esta é o verdadeiro termômetro para se aferir o merecimento e a capacidade dos magistrados²³⁸.

Todavia, essa cultura não é imputável apenas aos magistrados, mas a todos os atores do processo e tem raízes históricas. Inclusive, José Carlos Barbosa Moreira lecionava que “[...] há bastante tempo, à idéia de que o sucesso de um pleito deve relacionar-se com a eficácia dos argumentos que sustentam as pretensões dos

²³⁷ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

²³⁸ WATANABE. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 2005. p. 684. 690.

litigantes. Há de vencer quem tiver razão, ou quem puder persuadir o julgador de que tem razão. [...]”²³⁹.

Também não se pode ignorar que essa visão de excessiva valorização do papel de julgar encontra ancoradouro na doutrina do Instrumentalismo, dado que esse conferia à jurisdição o papel central de sua teoria, competindo ao magistrado adequar o processo ao direito material.

Não à toa, em paralelo ao processo de reforma do Código de Processo Civil de 1973, surge uma nova corrente de pensamento contrária a esse excessivo empoderamento do magistrado (detrimentoso ao papel das partes) e que veio a representar uma nova fase metodológica no processo.

Essa quarta fase metodológica do direito processual é identificada pela doutrina como Formalismo-Valorativo, expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em aula do programa de pós-graduação da UFRGS, no ano de 2004²⁴⁰.

O Formalismo-Valorativo se mostra essencialmente distinto do Instrumentalismo na forma de compatibilizar o direito processual ao direito material. No Instrumentalismo, o processo é visto como um instrumento que deve ser conformado pelos juízes às exigências do direito material. Por outro lado, o Formalismo-valorativo afasta a jurisdição do vértice do sistema para atribuir ao processo a posição central da teoria²⁴¹.

Nesse sentido, o processo é formalismo, porque “[...] A forma serve como garantia, e não amarra da justiça”²⁴². A forma passa a desempenhar o papel de proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores. O processo é valorativo, visto que se destina à construção do direito positivo pelos intérpretes. Nesse sentido, o processo passa a ser visto como um direito fundamental e ambiente de criação do direito²⁴³. Por essa razão, Hermes Zaneti Jr. defende a existência de uma relação circular entre direito material e processual:

Por tudo isso, o conceito que segue se revela essencial para o presente ensaio: *o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma*

²³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Duelo e Processo**. 2003. p. 177-185.

²⁴⁰ ZANETI JÚNIOR. **A Constitucionalização do Processo**: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 42.

²⁴¹ OLIVEIRA. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. 2010, p. 149-170.

²⁴² ZANETI JÚNIOR. **A Constitucionalização do Processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 47

²⁴³ MADUREIRA. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. 2015, p. 256-274

expressa no direito material positivado. Diverso está como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *accertamento*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre *processo* e *direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.

Nessa senda, o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, “um direito material novo”. Tal a expressão da aqui proposta *teoria circular dos planos*, que alberga a racionalidade material e processual do direito. Trata-se, portanto, de enfrentar a relação entre os planos do direito, interdependentes e complementares.²⁴⁴

Hermes Zaneti Jr. e Claudio Madureira apresentam o seguinte quadro-resumo das diferenças entre o Instrumentalismo e do Formalismo-Valorativo.

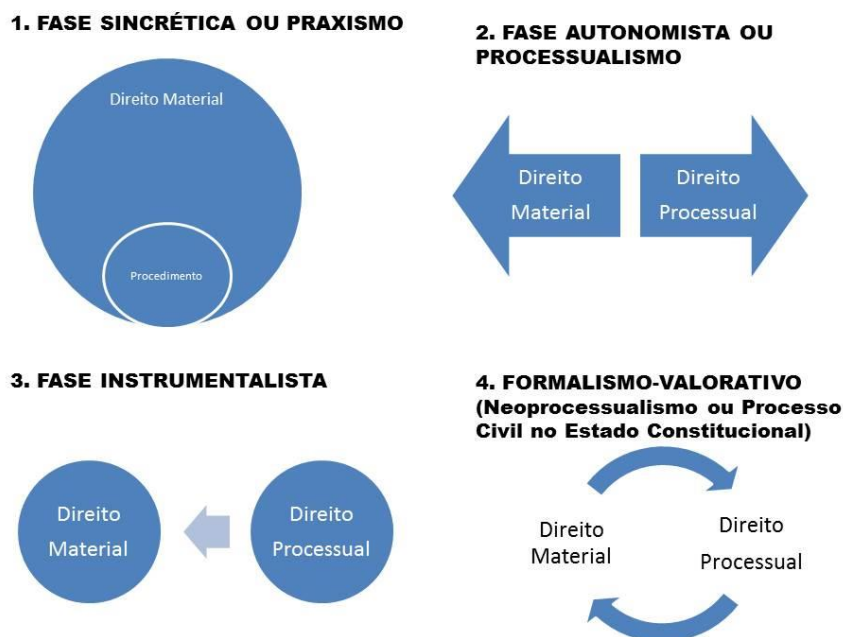
Instrumentalismo	Formalismo-Valorativo
– Modelo adequado ao Estado de Direito tradicional.	– Modelo adequado ao Estado Democrático Constitucional (e ao novo conceito de legalidade, direito e jurisdição que lhe são correlatos)
– No Instrumentalismo, o processo civil está em pé de igualdade com a Constituição. Insiste-se nos valores da doutrina clássica e na preservação de uma esfera de autonomia teórica em relação ao direito constitucional. Busca-se realizar, no processo, escopos metajurídicos (social e político), considerados externos, mesmo que relevantes. Ocorre a relativização do binômio direito material e processo, que na chamada fase autonomista era imprescindível para compreender o processo.	– Prevalece a constitucionalização do processo (unidade narrativa da constituição em todo ordenamento jurídico). Não existe qualquer óbice formal ou teórico a releitura das normas processuais a partir do texto constitucional. A constituição é o fundamento formal e material de validade de todas as normas processuais. Primazia do julgamento de mérito, boa-fé processual objetiva, cooperação, fundamentação analítica, e hermeneuticamente adequada, e contraditório como valor-fonte do processo são desdobramentos da constitucionalização do processo.
– As normas jurídicas do processo figuram como garantias liberais ou sociais, submetidas ao conteúdo jurídico do direito material.	– As normas jurídicas do processo apresentam características próprias da teoria dos direitos fundamentais. Constituem, elas mesmas, direitos fundamentais.
– O fim do processo é a “vontade concreta do direito” e a realização do direito material (univocidade e finalidade do direito).	– O fim do processo é a Justiça, compreendida como tutela dos direitos e pretensão de correção em conformidade com a Constituição. O fim do processo é a tutela dos direitos, adequada, efetiva e tempestiva.
– O Instrumentalismo é assimétrico. O papel mais relevante na relação processual é relegado ao Estado-juiz (topo da pirâmide processual).	– O Formalismo-Valorativo é cooperativo, determinando também ao juiz deveres como o contraditório (direito de influência e dever de debates). “O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu”. Vale a máxima da cooperação.

²⁴⁴ ZANETI JÚNIOR. **A Constitucionalização do Processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 191.

– O Instrumentalismo entende a jurisdição como centro do processo. Atividade de “mera <i>revelação</i> do preexistente, sem nada acrescer ao mundo jurídico além da certeza”. Função meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador.	– Entende o processo como centro, polo metodológico, ressaltando a função participativa do procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do direito e da jurisdição no modelo do Estado Democrático Constitucional, principalmente no que diz respeito ao giro linguístico, consistente na “Revolução Hermenêutica” do séc. XX.
– O processo se apresenta como fenômeno marcadamente formal, muito embora tivesse escopos “externos” de cunho material.	– O processo a partir de sua substancialização e a forma não é oca ou vazia, mas preenchida pela ideologia constitucional, afetada pelos valores constitucionais.
– Prepondera a visão do processo para a efetividade, reconhecendo a necessidade de outorgarmos espaço para o “processo civil do autor”. Surgem as tutelas antecipatórias e de evidência visando diminuir o “dano marginal” do tempo no processo.	– Reconhece a importância do equilíbrio da distribuição do tempo do processo entre as partes, mas avança no sentido de ponderar a adequação do procedimento sempre através de um juízo equilibrado entre <i>efetividade</i> e <i>segurança jurídica</i> , como elementos não-antagônicos e não-suprimíveis do fenômeno processual.

FONTE: MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e novo processo civil. *Revista de Processo*, vol. 272, out., 2017. p. 85-125.

Entretanto, impende se advertir que a sucessão das fases metodológicas do processo não importa numa necessária superação da fase anterior, pois o que se verifica é que uma fase agrega conceitos àqueles anteriormente existentes. Apesar disso, vislumbra-se uma notável modificação de perspectiva do modo de se visualizar a relação entre direito material e direito processual, a qual pode ser entendida a partir do quadro abaixo:



FONTE: Elaborado pelo próprio autor da presente dissertação, como fruto das discussões em sala de aula, na disciplina “A Constitucionalização do Processo”, ministrada pelo professor Hermes Zaneti Jr., do curso de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

Saliente-se que há divergência doutrinária em relação a qual seria a nomenclatura dessa quarta fase²⁴⁵. Há uma corrente de pensamento a qual defende que a nomenclatura mais consentânea a essa quarta fase seria “neoprocessualismo”^{246 247}, a partir de um paralelo com o “neoconstitucionalismo”.

Data vênia, tal corrente de pensamento não parece a mais adequada, porque cada fase metodológica se apresenta como neoprocessualista em relação àquela que a antecedeu. Da mesma forma, a designação “processo civil no Estado Constitucional”²⁴⁸ não exprime a mudança de perspectiva da nova teoria, uma vez que Estado Constitucional existe desde 1824.

Ademais, ambas as designações, ao fazerem referência ao “Estado Constitucional” ou um paralelo com o “neoconstitucionalismo”, passam a equivocada impressão de que a fase metodológica antecedente – Instrumentalismo – ignorava a carga axiológica contida na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, cumpre se esclarecer que o Instrumentalismo não se mostrou alheio à carga axiológica da Constituição Federal. Inclusive, por essa razão, Dinamarco nega a existência de uma quarta fase metodológica, porquanto o Instrumentalismo já teria incorporado os valores de justiça expressos no texto constitucional e na interpretação que lhe é conferida pela sociedade contemporânea²⁴⁹. Por essa razão, segmento da doutrina chega a se referir à

²⁴⁵ MADUREIRA. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017. p. 64-72.

²⁴⁶ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 2016. p. 44-47.

²⁴⁷ CAMBI. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2010. p. 233-265.

²⁴⁸ MITIDIERO. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2015. p. 48.

²⁴⁹ “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade a seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é hoje uma tendência universal. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade. [...] Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou *direito processual constitucional* e que consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).” (DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013. p. 24)

existência de um novo instrumentalismo constitucional, pós-instrumentalismo ou o neoinstrumentalismo²⁵⁰.

Todavia, por tudo o que foi exposto, acreditamos que a força integradora da Constituição Federal estabelece, no formalismo-valorativo, uma forma distinta de relacionamento entre o direito material e o direito processual, se comparado ao instrumentalismo, o que resulta em um método de pensamento diferente.

Note-se que a Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, já havia modificado substancialmente o cenário da justiça no Brasil, pois implementou uma ampla reforma no Poder Judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, modificou o *status* constitucional da Defensoria Pública e instituiu a constitucionalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo quórum qualificado das emendas constitucionais, dentre diversas outras alterações.

Prosseguindo-se com a análise dos marcos legais, não se pode ignorar a tendência à extrajudicialização que se iniciou em relação a procedimentos que, historicamente, encontravam-se reservados à jurisdição voluntária.

Nesse sentido, a Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007, alterou o Código de Processo Civil de 1973, para admitir, pela primeira vez, a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa. Ato contínuo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, explicitando, em seu art. 2º, que: “É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial”.

A Lei nº 11.790, de 02 de outubro de 2008, alterou o art. 46 da Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento, fora do prazo legal, diretamente nas serventias extrajudiciais – matéria regulamentada pelo Provimento n.º 28, de 05 de fevereiro de 2013, da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça.

Logo após, a Lei n.º 12.100, de 27 de novembro de 2009, alterou o art. 110 da Lei de Registros Públicos, para possibilitar a retificação de registro, administrativamente, de erros de constatação imediata, visto que, até aquele

²⁵⁰ JOBIM, Marcos Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 125.

momento, só era possível a correção extrajudicial de erros de grafia. Tal dispositivo legal, posteriormente, foi modificado pela Lei 13.484, de 26 de setembro de 2017, para se ampliar o rol de hipóteses de retificação administrativa: a) mantendo os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção; b) erro na transposição dos elementos constantes em ordens e mandados judiciais, termos ou requerimentos, bem como outros títulos a serem registrados, averbados ou anotados; c) inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, da folha, da página, do termo, bem como da data do registro; d) ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, nas hipóteses em que existir descrição precisa do endereço do local do nascimento; e) elevação de Distrito a Município ou alteração de suas nomenclaturas por força de lei.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar 80/94) sofreu importante alteração pela Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, a qual modificou a antiga função institucional de “promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses” para “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

Note-se que a Defensoria Pública foi o primeiro dentre os atores processuais a incorporar, por alteração legislativa, a ideia de tratamento adequado de conflitos, voltada não apenas a resolver, mas também administrar conflitos.

Logo depois, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 125, de 25 de novembro de 2010, documento de destacada importância, visto que instituiu, pela primeira vez, uma política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. Tal resolução ainda sofreu aperfeiçoamentos nos anos de 2013 e 2016, este último com o claro propósito de adequá-la ao Código de Processo Civil de 2015.

Como instituidora de uma política pública, fincada na mediação e conciliação como meios de tratamento de conflitos, a citada resolução pretende, dentre outras coisas, a construção de uma nova mentalidade junto aos juristas brasileiros, focada na pacificação social e no abandono da cultura do litígio²⁵¹.

²⁵¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 69.

A Resolução n.º 125/2010 foi a primeira normatização brasileira a incorporar o movimento, iniciado no princípio dos anos 70, nos Estados Unidos da América, de resgate da mediação e de outros métodos de tratamento de conflitos, que ganhou força a partir do famoso discurso “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”, proferido na *Pound Conference*, por Frank Sander, em 1976, bem como a partir da criação, em 1983, do Programa de Negociação (PON) da *Harvard Law School*, que reuniu estudiosos como Frank Sander, Roger Fisher, William Ury e Lawrence Susskind, dentre outros²⁵², e que iniciou no direito norte-americano contemporâneo o denominado *Modern Mediation Movement: Post Pound*²⁵³.

No mesmo caminho do CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n.º 118, de 01 de dezembro de 2014, a qual instituiu a “Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”.

Em 16 de março de 2015, é sancionado o Código de Processo Civil de 2015, o qual representou uma mudança paradigmática no sistema processual civil brasileiro. Ele será analisado separadamente, no capítulo seguinte.

No mesmo ano, é editada a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares, nos âmbitos judicial e extrajudicial, bem como acerca da autocomposição em que for parte pessoa jurídica de direito público.

Tal lei assumiu destacado papel em relação à mediação, notadamente a extrajudicial, uma vez que, até aquele momento, o que existia de regulamentação, no âmbito privado, era apenas o Código de Ética do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA – e documentos de outras entidades, tais quais: IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil; MEDIARE – Centro de Administração de Conflitos; CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem²⁵⁴.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Resolução n.º 02, de 19 de outubro de 2015, que aprovou o novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no qual houve uma preocupação em estabelecer, como dever do advogado, o estímulo à conciliação e mediação e a prevenção, sempre que possível, da instauração de litígios (art. 2º, parágrafo único,

²⁵² FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. 1ª ed., v.1., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 171-189.

²⁵³ GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral da mediação**: à luz do projeto lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 17.

²⁵⁴ GALVÃO FILHO; WEBER. Disposições Gerais sobre a mediação civil. 2008. p. 19.

VI)²⁵⁵, bem como a preservação dos honorários em caso de autocomposição, como forma de desestimular a litigiosidade puramente voltada à obtenção de honorários (art. 48, §5º)²⁵⁶.

No ano de 2016, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução CSJT n.º 174, de 30 de setembro, a qual dispôs sobre “a política judiciária de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhistas”.

Saliente-se que o labor do Conselho Nacional de Justiça não parou na Resolução 125/2010, tendo ele editado outros importantes atos normativos, dentre os quais, calha-se destacar a Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, bem como o Provimento n.º 67, de 26/03/2018, da Corregedoria, que passou a dispor sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Este último regulamenta o art. 42 da Lei de Mediação e estabelece um regime híbrido que não se adequa perfeitamente nem ao regime da mediação judicial, nem ao regime da mediação extrajudicial, consubstanciando-se em um terceiro modelo²⁵⁷.

Em 17 de dezembro de 2018, a Câmara de Educação Superior, órgão do Conselho Nacional de Educação, editou a Resolução n.º 5, que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, determinando que as instituições de ensino superior façam constar, nos seus projetos pedagógicos, como conteúdo essencial da formação técnico-jurídica de seus alunos, as “Formas Consensuais de Solução de Conflitos”.

O destaque dado às “Formas Consensuais de Solução de Conflitos” é tão evidente, que tal conteúdo foi tratado separadamente do conteúdo afeto ao “Direito Processual”. Ademais, não se pode ignorar a representatividade de se tratarem aquelas como conteúdo essencial e não se conferir igual tratamento a disciplinas como Direito Ambiental, Eleitoral, Humanos, do Consumidor e da Criança e Adolescente.

²⁵⁵ Art. 2º [...]Parágrafo único. São deveres do advogado: [...]VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

²⁵⁶ Art. 48. [...] § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial

²⁵⁷ HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu da UERJ. Ano 12. Vol. 19, n.3, set./dez., 2018, p. 296/323.

Tal modificação no programa pedagógico dos cursos de graduação em Direito representa uma mudança paradigmática no combate à Cultura de Litigiosidade que existe no país.

4. A RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Desde já, cumpre se esclarecer que o recorte do Código de Processo Civil de 2015 para capítulo próprio não atende a um critério cronológico, conforme se pode perceber. O objetivo desse destaque se justifica pelo papel fundamental que tal diploma exerce no tratamento de conflitos no Brasil, bem como pela necessidade de um maior detalhamento do espírito que orienta tal diploma.

A Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o atual Código de Processo Civil, o qual não representou uma mera modificação legislativa, nem, tampouco, uma mera substituição de um código por outro.

Na verdade, o CPC/2015 implicou uma verdadeira releitura de vários institutos jurídicos, dado que – na mesma esteira do que ocorreu com o Código Civil – apresenta um método de pensamento que importa em uma ressystematização do Direito Processual Civil. Deve ele, portanto, ser encarado como uma revolução no ordenamento jurídico, sob pena, inclusive, de transformar o CPC/73 em um “bode expiatório”²⁵⁸.

A partir dessa nova configuração, verifica-se uma mudança de paradigma na interlocução entre Constituição Federal, Código de Processo Civil, Código Civil e demais legislações especiais.

Embora o direito processual civil e o direito privado sejam “ramos” do direito dotados de autonomia, é inegável que exista um certo diálogo entre eles. O fato de, no processo, conviverem tanto aspectos outrora reservados exclusivamente ao direito privado quanto aspectos do que classicamente se denomina direito público faz com que, os fundamentos da evolução do direito privado sirvam como espelho a partir do qual é possível enxergar melhor o modelo atual de processo. Note-se que a socialização e a publicização do processo civil é um fenômeno paralelo à socialização do direito privado, o qual foi invadido pela regulação estatal. A autonomia privada – que no direito civil estava alicerçada na noção de negócio jurídico – também foi sendo gradualmente reduzida, sem que tenha desaparecido. Com a

²⁵⁸ “O fenômeno reflete a dinâmica exposta pela ideia do “bode expiatório” de Girard, tendo o Código Processual Civil de 1973 assumido a culpa pelas dificuldades existentes. Dessa forma, nada mais natural do que o seu sacrifício, como resposta à insatisfação social. Realizado o sacrifício, as esperanças se renovam e os ânimos são acalmados, até o momento em que se mostre necessário o apontamento de um novo culpado pelos problemas que hão de (res)surgir com o tempo. Ou seja, uma vez alimentada a ilusão de que um novo Código de Processo Civil pode solucionar a crise do judiciário, problemas continuarão sem solução efetiva, exigindo com o tempo novas vítimas expiatórias. [...]” (MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83, jul./set., p. 13-26.)

constitucionalização do direito civil seus institutos funcionalizam-se, abandonando-se o seu caráter individualista e patrimonialista. No processo, porém, a socialização e a publicização praticamente sufocaram a autonomia privada – isso talvez tenha se dado em razão do reconhecimento de que o processo fosse um ramo do direito público. Hoje, todavia, os caminhos da constitucionalização do direito privado e do direito processual civil se entrecruzam, até porque assim como a unidade do direito privado está na Constituição, também nela está a unidade do fenômeno jurídico. [...] ²⁵⁹

Assim, o CPC/2015 consolidou uma noção “neoprivatista”²⁶⁰ de processo ao estabelecer um ambiente dialógico, no qual o processo não pode mais ser concebido “como coisa das partes” (*Sache der Parteien*), nem tampouco com uma visão publicística exacerbada.

Se, por um lado, não é dado à jurisdição se traduzir em arbítrio, também não se pode admitir que o processo interessa apenas às partes da relação processual, diante da capacidade de um julgamento repercutir na esfera de direitos de quem não integrou o processo como parte. É o que se verifica nos processos coletivos (*v.g.*, no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, no art. 18 da Lei n.º 4.717/1965 e no art. 103 da Lei 8.078/90), em algumas hipóteses de intervenção de terceiros (*v.g.*, o assistente simples – art. 123 do CPC/2015) e especialmente quando os julgamentos ocasionarem a criação de precedentes, os quais têm natureza jurídica de norma.

A interpretação do CPC/2015 impõe uma verdadeira reconfiguração do processo civil, a partir de uma visão constitucional de processo, assim compreendido como um direito fundamental assegurador da liberdade dos indivíduos²⁶¹.

Nesse contexto, impende se observar que o CPC/2015 parece se amoldar perfeitamente ao Formalismo-Valorativo ao consagrar, em seu art. 1º, que “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”.

Note-se que o art. 1º determina a observância não apenas das normas – regras e princípios –, mas também dos valores²⁶² fundamentais estabelecidos na

²⁵⁹ RAATZ. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto.** 2017. p. 126

²⁶⁰ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** Salvador: Juspodivm: 2010, p. 345-356.

²⁶¹ ZANETI JÚNIOR. **A Constitucionalização do Processo.** O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 47.

²⁶² “[...] A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e

Constituição Federal, dentre os quais calha destacar a solução pacífica das controvérsias, que – conforme já referido – restou expressamente consagrada no preâmbulo da carta constitucional.

Ademais, o CPC/2015 elencou “Normas Fundamentais do Processo Civil” – dentre as quais convém destacar o contraditório (art. 7º), a cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º) e a primazia da solução integral do mérito (art. 4º), de observância cogente a todos os procedimentos –, além de instituir um sistema de precedentes²⁶³, de adotar um modelo de flexibilidade procedimental e de implementar um Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça (art. 3º).

Acerca desse tema, Lilia Sales e Mariana Souza lecionam que a expressão “*Multidoor Courthouse System*” foi cunhada por Frank Sander, professor emérito da Universidade de Direito de Harvard, no ano de 1976, na *The Pound Conference*, realizada nos Estados Unidos, ao defender a necessidade de adoção de múltiplos métodos de solução do litígio pelo Poder Judiciário estadunidense como forma de enfrentar o enorme descontentamento popular com a Administração da Justiça.²⁶⁴

Frank Sander expôs, então, a ideia de se introduzir no âmbito do Poder Judiciário americano mecanismos múltiplos de resolução de conflitos por meio de métodos alternativos. Estes poderiam ser aproveitados durante o curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento de uma ação judicial.²⁶⁵

Frank Sander defendeu a impossibilidade de se buscar uma fórmula única para o tratamento de todos os conflitos, de modo que o método adequado deveria ser escolhido a partir de alguns critérios: a natureza da disputa, a relação entre os disputantes, o montante em disputa, o custo e a velocidade do método²⁶⁶.

valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 153)

²⁶³ Hermes Zaneti Júnior propõe a classificação dos precedentes em 3 categorias, em razão do grau de vinculação: a) precedentes normativos vinculantes; b) precedentes normativos formalmente vinculantes; c) precedentes formalmente vinculantes fortes (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 325-327)

²⁶⁴ SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, nº 16, Jul./Set. 2011. p. 208.

²⁶⁵ SALES; SOUSA. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. 2011. p. 208.

²⁶⁶ SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. In: **The Pound Conference perspectives on justice in the future**. Minnesota: West Publishing CO., 1979. p. 65-87.

O modelo idealizado por Frank Sander, denominado de *Multidoor Courthouse System* (Sistema das Múltiplas Portas), tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. Esse sistema consiste em disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário. O conceito parte da premissa de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao se usar um ou outro processo de tratamento de conflitos, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal.

O Sistema de Múltiplas Portas deve ser compreendido como um sistema que dispõe de opções de métodos de tratamento de conflitos mais adequados ao próprio conflito. Mais do que uma gama de opções de ingresso no Poder Judiciário, ele objetiva viabilizar várias portas para se sair dele.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece um novo paradigma, segundo o qual devem ser priorizadas as formas consensuais de solução do conflito, na forma de seu art. 3º:

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.

Por essa razão, a sentença adjudicada pelo magistrado perde a sua primazia, cedendo espaço para uma solução escolhida pelas próprias partes – autocomposição – ou por terceiro com elevado grau de especialização na matéria – arbitragem.

Nota-se, aqui, uma importante inovação em relação ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. O *caput* do art. 3º do CPC/2015 praticamente reproduziu o inciso XXXV da Constituição Federal de 1988; a única diferença se deu por conta da substituição da expressão “apreciação pelo Poder Judiciário” – contida na CRFB/1988 – por “apreciação jurisdicional”.

Fredie Didier Jr. sustenta que a referida substituição se mostra adequada, uma vez que a jurisdição pode ser exercida fora do Poder Judiciário, como acontece, por exemplo, na arbitragem e na hipótese do art. 52, I, da CRFB, pelo Senado Federal²⁶⁷.

Todavia, pela própria opção do legislador de inserir, nos parágrafos do artigo 3º, a arbitragem, a mediação, a conciliação e uma cláusula geral de solução consensual de conflito, verifica-se a consolidação de uma mudança mais profunda no conceito de jurisdição, o qual passa a abarcar, formalmente, a autocomposição.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover defendia a ideia de que a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual²⁶⁸, e que os conceitos clássicos de jurisdição se mostravam inadequados à moderna concepção de acesso à justiça.

[...] a *jurisdição* não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício do poder. Ela passa a ser, em nossa visão, *garantia do acesso à justiça*, que se desenvolve pelo exercício de *função e atividade* respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal. Seu principal escopo social é a pacificação social. E esta se atinge por intermédio do *processo e procedimentos* adequados, que levam à *tutela jurisdicional adequada*. Por outro lado, as características essenciais da jurisdição não podem mais ser detectadas segundo a doutrina clássica: [...]²⁶⁹

No mesmo sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho advoga a existência de um conceito contemporâneo de jurisdição, o qual não pode mais ser visto como um monopólio do Poder Judiciário.

Este livro vai trabalhar com o conceito moderno de jurisdição, que se afasta dos vértices clássicos, ligados ou à justa composição da lide ou à atuação concreta da lei. Numa concepção contemporânea, a jurisdição é o espaço adequado para o que o Estado possa, em cada caso concreto, aplicar os princípios constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, surge, de um lado, a ideia do processo justo, como mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade da prestação jurisdicional, e,

²⁶⁷ DIDER JR., Fredie. Comentário ao art. 3º do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 5.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016. p. 17.

²⁶⁹ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016. p. 4.

de outro, a noção de que é possível compor de forma adequada o litígio fora das fronteiras do Poder Judiciário.²⁷⁰

De fato, a doutrina tem se referido a outras modalidades de jurisdição que, apesar de encontrarem suporte no nosso ordenamento jurídico, não são exercidas dentro do Poder Judiciário, tal qual ocorre na jurisdição comunitária internacional²⁷¹ e na jurisdição indígena²⁷².

Não à toa, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que, além de consagrar o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o art. 3º do CPC/2015 fundamenta o Princípio do Livre Acesso à Justiça, o qual decorre da necessidade de emprego da técnica processual mais adequada ao caso concreto²⁷³.

Nesse sentido, o presente trabalho adotará um conceito contemporâneo de jurisdição, segundo o qual a natureza jurisdicional estará evidenciada toda vez que o método empregado se traduzir em garantia de acesso à justiça, voltada à pacificação social, legitimada pelo ordenamento jurídico – notadamente a Constituição Federal – e exercida por intermédio de processos e procedimentos com aptidão para conferir adequado tratamento ao conflito.

²⁷⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação**: à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1.

²⁷¹ “[...] Há, por certo, uma importante peculiaridade da jurisdição comunitária, que convém desde logo sublinhar, embora devamos retornar com maior vagar ao ponto: ela se exercita não em substituição às jurisdições nacionais, mas em complementação à atividade delas e em colaboração muito íntima com as mesmas. [...]” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A prejudicialidade do direito comunitário nos tribunais supranacionais**. Revista de Processo. vol. 85. Jan-Mar, 1997. p. 80-120).

²⁷² Calha destacar interessante texto dos pós-doutores Edson Damas da Silveria e Serguei Aily Franco de Camargo, no qual analisam julgados nacionais, em especial o do “Caso Denilson”, julgado pelo TJ/RR, em que identificam uma jurisdição indígena, derivada do direito consuetudinário, e com fundamento de validade no art. 231 da Constituição Federal e art. 57 do Estatuto do Índio. No caso analisado, após assassinar o seu irmão, Denilson foi julgado pela comunidade indígena e sofreu as sanções previstas nos costumes desta. Posteriormente, ao ser denunciado pelo Ministério Público, o processo foi extinto sem julgamento do mérito pelo juiz de primeiro grau, com fundamento na ausência do direito de punir estatal, uma vez que o acusado já havia sido sancionado pela jurisdição indígena e a imposição de nova sanção representar *bis in idem*. Tal julgado foi confirmado pelo Tribunal de Justiça de Roraima. (SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. Jurisdição Indígena e o afastamento do direito de punir do Estado brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico. **Revista da AGU**, vol. 15, jan./mar., 2017. p. 17-34.)

²⁷³ “Princípio do livre acesso à justiça. Do dispositivo também se constrói o princípio do livre acesso à justiça. O acesso à justiça deve ser garantido, inclusive com a desoneração dos custos e despesas para os que não dispõem de recursos financeiros suficientes para sua cobertura. O custo do processo não deve, enfim, impedir o acesso às vias judiciais. O direito de ação é garantido não apenas com a remoção dos obstáculos financeiros, mas com a instituição de técnicas processuais adequadas à satisfação do alegado direito material.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 3º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31-32.)

Exemplo interno ao próprio CPC/2015 dessa mudança de paradigma diz respeito à necessária mudança de visão acerca da natureza jurídica da jurisdição voluntária, porquanto, sob a égide do CPC/1973, predominava o entendimento de que sua natureza era administrativa, ou seja, de que se tratava de mera administração pública de interesses privados²⁷⁴, como se pode depreender da seguinte lição:

A designação “jurisdição voluntária” tem sido criticada porque seria contraditória, uma vez que a jurisdição compreende justamente a função pública de compor litígios, o que, na verdade, só ocorre nos procedimentos contenciosos. Na chamada “jurisdição voluntária”, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra jurisdição para qualificar tal atividade.²⁷⁵

Vários foram os critérios adotados pela doutrina para negar a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, dentre os quais podemos destacar: a) critério da coação; b) critério da repressão e prevenção; c) critério da constitutividade; d) critério da contenciosidade; e) critério da substitutividade f) critério da definitividade; g) critério da inércia.

O critério da coação também não se mostra útil para negar a natureza jurisdicional dos procedimentos de jurisdição voluntária, porque pode haver coação nesses procedimentos, como ocorre nos relativos à tutela e curatela (art. 760, §2º, CPC/2015)²⁷⁶ e nos de organização e fiscalização das fundações (764, §2º, CPC/2015)²⁷⁷.

O critério da repressão e prevenção, segundo o qual a jurisdição contenciosa seria repressiva, e a jurisdição voluntária, preventiva, mostra-se absolutamente incompatível com o nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, o mandado de segurança preventivo não se amolda, de forma alguma, no conceito de jurisdição

²⁷⁴ Cristina Ferraz faz um levantamento de diversos autores que se posicionavam pelas correntes jurisdicionais e administrativistas, demonstrando uma certa prevalência dessa última, a qual ainda contava com o apoio da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. (FERRAZ, Cristina. Reflexões sobre os novos rumos da jurisdição voluntária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 735-736)

²⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 350.

²⁷⁶ Art. 760. [...] § 2º O juiz decidirá de plano o pedido de escusa, e, não o admitindo, exercerá o nomeado a tutela ou a curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado.

²⁷⁷ Art. 764. [...] § 2º Antes de suprir a aprovação, o juiz poderá mandar fazer no estatuto modificações a fim de adaptá-lo ao objetivo do instituidor.

voluntária²⁷⁸. Já o procedimento de interpelação judicial – apesar de ser um procedimento de jurisdição voluntária –, por óbvio, apresenta caráter repressivo, pois serve para constituir em mora o devedor que já inadimpliu a sua obrigação, exegese que se pode extrair a partir da conjugação dos artigos 727 do CPC/2015²⁷⁹ e 397, parágrafo único, do Código Civil²⁸⁰.

Ademais, segundo Hermes Zaneti Jr., a “cláusula aberta de controle jurisdicional” foi ampliada com a Constituição de 1998 para abranger os direitos coletivos *lato sensu* e as ameaças a direito, estas últimas a autorizarem a tutela de urgência e a tutela preventiva do ilícito. Dito autor ressalta, ainda, que, no julgamento da ADC n.º 4, o STF firmou posicionamento no sentido de que “o poder de acautelar é imanente ao de julgar”²⁸¹, razão pela qual o critério da repressão e prevenção é absolutamente incompatível com a nossa conformação constitucional.

O critério da constitutividade da jurisdição voluntária, por seu turno, estabelece que esta (a jurisdição voluntária) é voltada para a constituição de estados jurídicos novos, enquanto aquela (a jurisdição contenciosa) se destinaria às relações já existentes. Data vênia, tal critério não pode ser aceito, pois vários são os provimentos contenciosos de natureza constitutiva.

Na vigência do CPC/1973, o critério da contenciosidade era, sem dúvida, o mais aceito por aqueles que negavam a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, porquanto tal diploma legal tratava mérito e lide como expressões sinônimas, como claramente enunciado pela Exposição de Motivos do CPC/73²⁸².

²⁷⁸ “No que diz respeito ao enquadramento do mandado de segurança, embora seja indene de dúvidas que se trata de ação de conhecimento, não há uniformidade de tratamento doutrinário sobre sua natureza específica, a se considerar as subespécies de ações cognitivas (declaratórias, constitutivas e condenatórias). A rigor, há quem arrole, como Pontes de Miranda, em relação às ações de conhecimento, outras subcategorias, como as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais. Estas (mandamentais) seriam caracterizadas por delas emanar ordem judicial que não necessita de acesso à via executiva para ser implementada, por ser possuidora de pronta realizabilidade prática (o juiz simplesmente determina, por meio de ofício ou mandado, que a autoridade coatora cumpra o mandamento contido na parte dispositiva da sentença)”. (LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.5)

²⁷⁹ Art. 727. Também poderá o interessado interpelar o requerido, no caso do art. 726, para que faça ou deixe de fazer o que o requerente entenda ser de seu direito.

²⁸⁰ Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

²⁸¹ ZANETI JÚNIOR. A Constitucionalização do Processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 45-46.

²⁸² BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos. 1974. p. 13.

Não obstante, desde o CPC/1973, já se podiam verificar alguns inconvenientes da vinculação dos conceitos de mérito e lide, como, por exemplo, na hipótese em que o processo tramitasse à revelia do réu, ou quando houvesse o reconhecimento do pedido por ele. Apesar da ausência de conflito, não se poderia negar a existência de um processo. Não à toa, alguns autores sempre sustentaram a natureza jurisdicional do procedimento de jurisdição voluntária.

Ora, essa distinção não se harmoniza com a utilizada em nosso CPC, porque nos procedimentos especiais há também administração da Justiça em seus aspectos substanciais.

O *discrímen*, tal como adotado pelo CPC, somente pode significar que, ao denominar de procedimento aos processos especiais, com isto apenas sublinhou que estes se distinguem do processo comum pela existência de atos procedimentais que lhe são próprios.

A distinção é meramente formal externa.²⁸³

O CPC/2015 adota técnica diversa do Código revogado, já que emprega as expressões “lide” e “mérito” de forma distinta, não sendo possível a manutenção do critério da contenciosidade para delimitar o que é atividade jurisdicional²⁸⁴.

Desse modo, cumpre se observar que, no CPC/1973, a citação era o ato pelo qual se chamava o réu ou o interessado a juízo para se defender (art. 213)²⁸⁵; aqui, era ela indispensável para a validade do processo (art. 214, *caput*)²⁸⁶. Por outro lado, no CPC/2015, “a citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238) e não mais para se defender, sendo que o próprio Código prevê a possibilidade de o processo existir validamente, mesmo sem citação do réu, nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido (art. 239).

Ou seja, o próprio CPC/2015 afasta a ideia de que o réu é chamado para se defender, distanciando-se da noção de pretensão de um litigante contraposta à resistência do outro – contida no conceito de lide de Carnelutti²⁸⁷.

²⁸³ SILVA, Clóvis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XI. Tomo I – Arts. 890 a 1045. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 3

²⁸⁴ FERRAZ, Cristina. Reflexões sobre os novos rumos da jurisdição voluntária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 749-752.

²⁸⁵ Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

²⁸⁶ Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

²⁸⁷ “[...] O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificados pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro.[...]” (BUZAID. Exposição de Motivos. 1974. p. 13.)

Corroborando o que ora se sustenta, impende se observar que o CPC/2015 distingue mérito e lide, bem como rompe com a dicotomia jurisdição contenciosa e voluntária, conforme se pode observar a partir do quadro abaixo:

DISPOSITIVOS MODIFICADOS	
CPC/2015	CPC/1973
Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.	Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.	Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.
Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.	Art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.
Seção II Do Julgamento Antecipado do Mérito	Seção II Do Julgamento Antecipado da Lide
Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito , caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.	Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide , caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.
Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito ;	Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide .
Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:[...]	Art. 515. [...] § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide , se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

DISPOSITIVOS NÃO MODIFICADOS	
Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide ;	Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide ;
CAPÍTULO II DA DENUNCIÇÃO DA LIDE	Seção III Da Denúncia da Lide
Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.	Art. 801. O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: I - a autoridade judiciária, a que for dirigida; II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido; III - a lide e seu fundamento; IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão; V - as provas que serão produzidas. Parágrafo único. Não se exigirá o requisito do nº III senão quando a medida cautelar for requerida em procedimento preparatório.
Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide , salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.	Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide , salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.
Art. 509. [...] § 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.	Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Fonte: elaborado pelo próprio autor do trabalho.

Ademais, não se pode ignorar que parte considerável da doutrina tem refutado a existência de lide no processo penal²⁸⁸, com fundamento na resistência necessária do réu (princípio da ampla defesa) – Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta

²⁸⁸ No sentido de negar a existência de lide no processo penal: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 89./ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 81./ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 31/ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016. p. 4. Em sentido contrário: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.1, 26ª ed. Saraiva, 2004. p. 7/ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 27-28.

da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” – e da impossibilidade de o juiz aplicar a sanção penal, quando, mesmo diante da concordância do réu, inexistirem provas da responsabilidade penal.

Não há como ignorar que o próprio Carnelutti – diante das críticas de Piero Calamandrei, Giulio Paoli e Francesco Invrea – reviu o seu posicionamento de que o conceito de lide seria afeto tanto ao Direito Processual Civil, quanto ao Direito Processual Penal, e passou a considerar que o processo penal tem natureza de jurisdição voluntária, sem lide, no qual há apenas um interesse em questão²⁸⁹. Todavia, considerar o processo penal como jurisdição voluntária não parece a melhor orientação, visto que não há como se falar em interesse único²⁹⁰.

Na verdade, o tratamento constitucional da matéria traduz o não acolhimento da noção de lide penal, pois, caso contrário, não haveria a necessidade da distinção existente no inciso LV do art. 5º²⁹¹, entre “litigantes” (lide – processo civil) e “acusados em geral” (pretensão acusatória – processo penal)²⁹².

Desse modo, se a lide não é elemento essencial ao processo de jurisdição voluntária, nem ao processo penal, com mais razão não se presta a ser usado como parâmetro para identificar a natureza jurisdicional da autocomposição.

Da mesma forma, a substitutividade não parece ser o melhor critério para aferição da natureza jurisdicional de determinado método de tratamento de conflito, haja vista que, nos processos necessários, penais e não penais, não há que se falar em substituição, tal qual na autocomposição²⁹³. Ademais, há substitutividade também no âmbito do processo administrativo.

A definitividade e a coisa julgada também não podem ser os elementos de definição da natureza jurisdicional, visto que a preclusão administrativa, em muitos casos, atingirá um grau de imunidade comparável à coisa julgada²⁹⁴. Outrossim, há

²⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 119, Mar./Abr., p. 165-199, 2016.

²⁹⁰ BADARÓ. **Correlação entre acusação e sentença**. 2013. p. 94.

²⁹¹ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁹² LOPES JR. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2010. p. 81.

²⁹³ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. 2016. p. 4.

²⁹⁴ A preclusão administrativa pode se mostrar tão próxima da coisa julgada que, alguns autores chegam a se referir à existência de uma “coisa julgada administrativa”, decorrente da extinção do poder de autotela estatal, a qual impede a modificação, de ofício ou por provocação, da decisão na via

outros pronunciamentos judiciais – v.g., a estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente e não impugnada (art. 304 do CPC/2015) – que apresentam grande estabilidade, mas que não fazem coisa julgada.

Desse modo, a autocomposição pode atingir grande estabilidade e, mesmo assim, não formar coisa julgada. Esta se formaria apenas quando a autocomposição se submetesse à homologação judicial, de acordo com a nova sistemática do CPC/2015.

Nesse aspecto, cumpre se observar a mudança de orientação do CPC/2015 em relação ao diploma que lhe antecedeu, pois, sob a égide do CPC/1973, negava-se a possibilidade de formação da coisa julgada material não apenas na autocomposição, mas nos procedimentos de jurisdição voluntária em geral²⁹⁵, em razão do disposto do art. 1.111, o qual estabelecia que, nos procedimentos de jurisdição voluntária: “*A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes*”.

Todavia, o CPC/2015 não trouxe regra similar à contida no art. 1.111 do CPC/1973, indicando que a jurisdição voluntária pode, em tese, fazer coisa julgada material.

Pela sistemática do novo CPC, a sentença homologatória de autocomposição que resolver o mérito²⁹⁶ – após o trânsito em julgado – fará coisa julgada²⁹⁷, salvo quando a autocomposição for obtida através da desistência, haja vista que, nessa hipótese, não há resolução do mérito²⁹⁸.

administrativa (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 332-333)

²⁹⁵ “Também não se produz coisa julgada material nas decisões proferidas na jurisdição voluntária (art. 1.111 do CPC). É importantíssimo sublinhar, todavia, que o fato de não se produzir coisa julgada em jurisdição voluntária não significa que se possa pleitear a alteração do provimento jurisdicional concedido, a qualquer tempo e imotivadamente. Só se pode provocar a alteração da situação criada pelo provimento anteriormente concedido se houver alteração fática que justifique este pleito. Assim, se se requer a interdição de alguém, e se a obtém, só se pode requerer seu levantamento se as razões que levaram a que se requeresse a interdição desaparecerem.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 549-550)

²⁹⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

²⁹⁷ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

²⁹⁸ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VIII - homologar a desistência da ação;

Também não se pode analisar a jurisdicionalidade da autocomposição a partir do critério da inércia. Isso, porque a inércia depende “[...] exclusivamente do sistema processual adotado, podendo haver situações em que a jurisdição estatal se automovimenta, como também ocorre no Brasil. Assim como pode automovimentar-se a justiça conciliativa”²⁹⁹.

De fato, salta aos olhos que o dogma da inércia tem sofrido alterações no sistema processual brasileiro, de modo que a atual noção de inércia não se confunde com a de outrora.

O art. 2º do CPC/1973 estabelecia que: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Apesar de tal norma conviver com o princípio do impulso oficial, consagrado no art. 262 do CPC – “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” –, o CPC/1973 foi forjado no espírito da fase autonomista do direito processual, o que implicou uma ausência de comprometimento com os resultados práticos do processo e sua aptidão de fazer justiça.

Posteriormente, tais normas foram reinterpretadas para se adequarem à lógica da doutrina instrumentalista, que permitiu uma passagem de uma jurisdição inerte e distante das partes para uma jurisdição que, ora ou outra, traduzia-se em arbítrio.

Com o Formalismo-Valorativo, a inércia muda totalmente sua feição em relação a sua forma original, visto que, com a transformação do processo em um espaço dialógico, a inércia consolida-se, especialmente, como restrição ao próprio exercício da jurisdição e de proteção do jurisdicionado.

O CPC/2015, adaptado à lógica do Formalismo-Valorativo, aglutina, em seu art. 2º, as normas anteriormente referidas – “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” –, além de impor a leitura do impulso oficial de forma conjugada com o princípio da cooperação, consagrado no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Desse modo, resta claro que a inércia não pode ser um critério válido para a aferição da natureza jurisdicional de determinado método de tratamento de conflito, uma vez que variação de conteúdo e intensidade nos variados sistemas processuais

²⁹⁹ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016. p. 5.

sequer autoriza o estabelecimento de uma matriz comum de comparação. É o que se verifica, por exemplo, quando se tenta comparar a inércia no processo civil e no processo penal, as quais assumem feições totalmente diferentes, visto que, neste último, há a vinculação com o sistema acusatório³⁰⁰.

Especificamente no processo civil, salta aos olhos que o CPC/2015 modificou o paradigma anterior, implementando um modelo de flexibilização procedimental voltado à adequação do procedimento.

Em lição ainda atual, Galeno Lacerda³⁰¹ defendia que a adequação do procedimento deve ser analisada sob três aspectos, que devem ser atendidos cumulativamente: Adequação Teleológica, Adequação Subjetiva e Adequação Objetiva.

O primeiro aspecto informado pelo autor trata da Adequação Teleológica, a qual se relaciona com a finalidade do processo. Assim, o procedimento construído para determinada finalidade deverá gozar da técnica adequada para o atingimento do seu objetivo. A título de exemplo, basta se atentar às diferenças procedimentais que o CPC/2015 estabelece entre: o processo de conhecimento e o processo de execução; o procedimento comum, o cumprimento de sentença e os procedimentos especiais.

A Adequação Subjetiva se opera em razão dos sujeitos processuais, ou seja, para o procedimento se mostrar adequado, deve observar as peculiaridades afetas aos sujeitos que integram a relação jurídica processual. Exemplos clássicos trazidos pelo autor são relacionados à legitimação processual das partes – capaz, incapaz, pessoa física ou jurídica, privada ou pública e sujeito sem personalidade. Conforme o envolvimento dos atores do processo, o procedimento poderá se tornar mais ou menos complexo. Ademais, sob o enfoque do juízo, temos que a competência deve

³⁰⁰ “Princípio da inércia da jurisdição é estritamente ligado ao sistema acusatório e mais propriamente as funções destinadas ao juiz. Como é concebido modernamente deve o juiz julgar o processo sem formular a acusação ou a defesa, também não deve participar das investigações, muito menos instaurar o processo de ofício. Foi, na reforma do Código de Processo Penal de 1973, que foram suprimidas os procedimentos que continuavam a prever instauração do processo a requerimento do juiz, como ocorria com o homicídio e as contravenções penais. A pureza do sistema acusatório, portanto, só se coaduna, com a inércia completa da jurisdição, para que o julgador possa exercer sobre o feito total imparcialidade e observar a produção de provas para, então, formar seu juízo formado com livre convencimento. Mas o problema surge com a possibilidade do juiz ordenar a produção de provas de ofício, que pode fazê-lo tender para um resultado prévio, ainda num momento anterior a todas as provas serem produzidas. [...]” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro; FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 84. Jul./Set., 2013. p. 223-253)

³⁰¹ LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**: Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 251-258, 1976.

se adaptar, por exemplo, quando a parte for Fazenda Pública, versar sobre menores de idade ou militar. Essa mesma adequação pode recair na forma de julgamento, se por juiz singular ou por um colegiado.

O terceiro aspecto se dá em decorrência do direito material perseguido. Trata-se da Adequação Objetiva, segundo a qual a adaptação se destinará à busca da maior efetividade do direito material, conforme as características que esse possui, em razão de sua forma, natureza ou urgência.³⁰²

Há, ainda, diversas classificações acerca da vontade manifestada para a adequação do procedimento. Segundo Bruno Garcia Redondo³⁰³, a adequação divide-se em Legislativa, Judiciária ou Convencional. Por outro lado, Trícia Navarro Xavier Cabral³⁰⁴ divide a Adequação do Procedimento em quatro classificações: “por imposição Legal”, “por ato judicial”, “por ato conjunto das partes e do juiz” e “por atos de disposição das partes”. Essas últimas duas divisões, aparentemente, enquadram-se na Adequação Convencional anteriormente citada.

Todavia, há uma grande virtude, que não pode ser desconsiderada, na classificação que deixa de aglutinar, sob a mesma rubrica, os atos praticados em conjunto pelas partes e pelo juiz com os atos de disposição das partes. A classificação proposta por Trícia Navarro Xavier Cabral se amolda, perfeitamente, a qualquer orientação que seja adotada em relação à natureza da vinculação do juiz aos negócios processuais, ao passo que a classificação proposta por Bruno Garcia Redondo, não.

Nesse sentido, cumpre se salientar que é controvertida na doutrina a natureza da vinculação do juiz às convenções processuais, sendo certo que segmento da doutrina defende que o magistrado pode integrar a convenção processual como parte³⁰⁵, enquanto outro segmento sustenta que, tal qual a lei, a vinculação se dá apenas por heterolimitação³⁰⁶.

³⁰² LACERDA. O Código como sistema legal de adequação do processo. p. 251-258, 1976

³⁰³ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do Procedimento pelo Juiz**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 132-135.

³⁰⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 241, p. 489-516, mar. 2015 p. 3.

³⁰⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 232.

³⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.226

Para esta última posição, a classificação da Adequação em Legislativa, Judiciária ou Convencional se mostraria insuficiente, pois o estudo de instrumentos de flexibilização procedimental, como o calendário processual e o saneamento compartilhado, não se amoldariam com perfeição a nenhuma dessas categorias.

Desde já, convém se ressaltar que o presente trabalho não adotará a posição que considera o juiz vinculado ao negócio jurídico processual por heterolimitação. Todavia, por considerar a existência dessa posição doutrinária, demonstramos predileção pela classificação proposta por Trícia Navarro Xavier Cabral, a qual se adapta a qualquer orientação adotada.

A adequação por ato judicial é aquela feita pelo magistrado no decorrer do processo, em decorrência do dever-poder que a lei lhe confere de zelar pelo bom andamento do procedimento. Nesse sentido, Fredie Didier Jr.³⁰⁷ entende que a melhor expressão a ser utilizada seria “Adaptabilidade”, segundo a qual cabe ao magistrado adotar o modelo de gestão processual adequado ao caso concreto, para adaptar o procedimento às exigências do conflito, observando-se, contudo, o contraditório e o princípio da “não surpresa”.

Para uma adequada contextualização da adequação por ato judicial, cumpre se fazer uma distinção entre as modalidades de gestão de conflitos, as quais a doutrina tem dividido em: Gestão de Cortes (*Court Management*) e Gestão de Processos (*Case Management*)³⁰⁸.

Court Management é a modalidade de gestão de conflito na qual se busca uma otimização quantitativa e qualitativa dos recursos materiais e humanos dos órgãos judiciais. O CPC/2015 impõe a adoção desse tipo de gestão de conflito ao preceituar, em seu art. 1.069, que: “O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código”.

Case Management, por sua vez, é a modalidade de gestão de conflito segundo a qual se visa a uma melhor gestão dos processos, através da adaptação do procedimento e da adoção de tratamentos adequados de conflitos.

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 21, n.21, p. 530-541, 2001.

³⁰⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Direito Comparado**. vol.4, jul./dez., p. 43-63, 2016.

Acerca do tema, em sua tese de doutoramento, no ano 2007, Fernando Gajardoni ressaltou a necessidade de se observar a finalidade, o contraditório útil e a motivação para a adaptação do procedimento pelo magistrado, sob pena de se criar um ambiente de insegurança jurídica, desprovido de previsibilidade.

Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar.

Esse critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes da decisão flexibilizadora (contraditório) e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo (motivação).³⁰⁹

Por ocasião da entrada em vigor do CPC/2015, o mesmo autor ressaltou a peculiaridade de o novo diploma não ter adotado um modelo puro de flexibilização procedimental, e, sim, mesclado quatro modelos: *a) flexibilidade legal alternativa*: o juiz opta por um procedimento dentre os disponibilizados pelo legislador; *b) flexibilização legal genérica mitigada*, pois restringiu, no art. 139, VI, somente a duas hipóteses: *b.1.)* aumento de prazos (não sendo autorizada a diminuição); e *b.2.)* inversão da produção dos meios de prova – diferente do direito português, que adota o sistema da *flexibilização legal genérica*; *c) flexibilização voluntária do procedimento*: cláusula geral de negócio jurídico processual; e *d) flexibilização judicial do procedimento*: regra implícita que autoriza o magistrado a modelar o procedimento, elegendo os atos que serão praticados – somente é admitida em caráter subsidiário e excepcional³¹⁰.

Por essa razão, Fernando Gajardoni adiciona aos requisitos anteriormente elencados como condicionantes da flexibilização (finalidade, contraditório e motivação) o requisito da subsidiariedade³¹¹.

³⁰⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 103-104 Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>>, Acesso em 01 de março de 2019.

³¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 260-261

³¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2015. p. 260-261.

Diz-se que há uma flexibilização procedimental por imposição legal (ou por obra do legislador), quando o procedimento se distancia do procedimento comum a fim estabelecer técnicas específicas para tutelar um direito material, em atenção às suas peculiaridades ou em decorrência da especial proteção jurídica que se lhe queira dar. Nessas hipóteses, o legislador, de antemão, já previu que o procedimento comum possuiria inconvenientes à prestação da tutela jurisdicional efetiva. Por essa razão, Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves enaltecem a postura do legislador, que optou pela manutenção dos procedimentos especiais dentro do sistema processual.

Não suficiente, merece ainda registro que, no corpo do CPC/2015, há uma quebra do modelo de rigidez procedimental, até então vigente em nosso sistema processual, o que pode ser verificado com a explícita adoção da técnica da adaptabilidade do procedimento (art. 139, VI; art. 327, §2º), inclusive com a permissão à celebração de negócios processuais (art. 190). Ao lado de todas as técnicas mencionadas anteriormente, voltadas a propiciar tutela jurisdicional adequada e eficaz, o CPC/2015 acertadamente insiste em apostar na manutenção de ações especiais dentro do sistema, o que faz, em primeiro, mantendo intangíveis os procedimentos especiais disciplinados em leis especiais e extravagantes e, em segundo, por meio da manutenção e ampliação do rol de procedimentos especiais regulamentados no corpo do próprio Código.³¹²

Na verdade, a subsistência dos procedimentos especiais – inseridos dentro de um sistema de flexibilidade procedimental – mostra-se indispensável para viabilizar o modelo de *flexibilidade legal alternativa*, disponibilizando alternativas para o trâmite processual.

A flexibilização procedimental promovida pelas próprias partes se opera através das convenções processuais ou através da cumulação de pedidos com procedimentos distintos.

É certo que, desde o início da década de 80, José Carlos Barbosa Moreira – valendo-se da doutrina alemã acerca do tema – sustentava a possibilidade de celebração de convenções processuais fora dos casos previstos em lei³¹³. Entretanto, apenas com a edição do CPC/2015 tal possibilidade passou a estar expressamente consagrada (art. 190), através de uma cláusula geral, com o seguinte teor:

³¹² MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). **PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1:** Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 111

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo.** Editora Revista dos Tribunais. vol. 33. Jan./ Mar., p. 182-191, 1984.

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.

Lorena Miranda Santos Barreiros sustenta que o termo “parte” constante do artigo 190 do CPC/2015 deve ser interpretado como “sujeito”, pois os conceitos de parte material e parte processual seriam insuficientes e, portanto, incompatíveis com o escopo da norma. Isso, porquanto, se fosse adotado o termo “parte” em sentido material, afastar-se-ia a possibilidade de celebração de convenções processuais pelos legitimados extraordinários. A adoção do conceito de parte em seu sentido processual também não se mostraria adequada, dado que afastaria a possibilidade de o juiz e de terceiros celebrarem negócios jurídicos processuais³¹⁴.

Em relação ao terceiro, não parece verossímil que o CPC/2015 o autorizaria a integrar uma autocomposição judicial, na forma do §2º do art. 515, e, simultaneamente, negasse-lhe a possibilidade de celebrar convenção acerca da matéria processual.

No tocante à possibilidade de o juiz celebrar negócio jurídico processual, a questão é controvertida e não é de fácil solução. Caso o juiz seja considerado parte, qual sanção lhe poderia ser aplicada em caso de infringência do negócio jurídico? Também pode parecer incompatível que o juiz atue como parte do pacto e, simultaneamente, exerça a função de controle e fiscalização sobre o mesmo negócio jurídico. Ademais, não se vislumbra uma clara voluntariedade judicial que dote o juiz de ampla liberdade de pactuar.

No que diz respeito à existência de dúvida acerca da existência de emanção de vontade por parte do juiz, cumpre se salientar que o fato de ele ter a sua liberdade adstrita à lei não significa que não haja manifestação de vontade de sua parte.

Nesse sentido, é incontroverso que o poder público, de maneira geral, pode manifestar vontade, a qual pode ser unilateral (atos administrativos), bilateral (contratos da administração) ou plurilateral (consórcios e convênios)³¹⁵.

³¹⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 200-201.

³¹⁵ “Define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração. O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 1 1 6, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza

Assim, os negócios jurídicos processuais se assemelham aos convênios administrativos em razão de ambos não gozarem de natureza comutativa, o que ratifica que a vinculatividade do poder público é fruto de uma manifestação de vontade.

Entretanto, saliente-se que não se sustenta a aplicação do regime jurídico administrativo ao processo judicial. A comparação entre as espécies de negócios jurídicos se dá, exclusivamente, para afastar a ideia de que o ato judicial não se reveste de nenhuma manifestação de vontade, visto que tanto o ato vinculado quanto o discricionário se submetem ao crivo da lei.

Também não há qualquer incoerência na cumulação dos papéis de parte e de fiscal do negócio jurídico. Não se trata de contrato entre particulares em igualdade de condições. Nos contratos administrativos – marcados pela comutatividade e desequilíbrio da relação – são admitidas as cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei n.º 8.666/1993), exatamente pela expressa autorização legal.

Entretanto, nos negócios jurídicos processuais plurilaterais, a fiscalização é prévia à formalização da convenção, visto que a autorização legal para a cumulação de papéis reside exatamente no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, o qual estabelece que: “o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo [...]”.

A solução do impasse, ao nosso sentir, passa pela observação de que o CPC/2015 é diploma legal que se orienta pela lógica do formalismo-valorativo, o qual tem, na Teoria Circular dos Planos³¹⁶, a solução para o imbróglio.

Se o que o processo devolve ao direito material é um direito novo, distinto daquele preestabelecido pelo legislador, o negócio jurídico que dependa da manifestação de vontade do juiz devolve para as partes um direito novo, distinto daquele previamente legislado. Assim, não se pode falar em “heterolimitação” da atuação do juiz, e, sim, em verdadeira “autolimitação”, o que impõe o reconhecimento do seu papel de sujeito.

contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 22. As diferenças que costumam ser apontadas entre contrato e convênio são as seguintes: a) no contrato; os interesses são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos; por exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir o bem pagando o menor preço; no convênio, também chamado de ato coletivo, todos os participantes querem a mesma coisa; [...]” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 352)

³¹⁶ ZANETI JÚNIOR. **A constitucionalização do processo**. 2014. p. 189-214.

Da mesma forma que o pronunciamento judicial pode gerar uma norma concreta, a manifestação de vontade judicial em um negócio plurilateral também poderia.

Saliente-se que, em caso de inobservância do negócio jurídico plurilateral pelo juiz, não caberia nenhuma sanção imediata contra ele. Este somente responde por eventual dano causado a terceiros, em caráter regressivo, na forma do art. 143, inciso II e parágrafo único, do CPC/2015.

Cumpra-se observar que o negócio jurídico plurilateral não é negócio jurídico comutativo, no qual o juiz assume obrigações correspondentes às contraprestações das partes. Trata-se de instrumento voltado à conjugação de vontades destinadas a um fim comum. Assim, não se pode falar em nascimento de dever jurídico contraposto a um direito subjetivo.

O negócio jurídico plurilateral faz nascer para o juiz um estado de sujeição contraposto a um direito potestativo das partes, que autoriza a desconstituição do ato judicial por ele praticado em desconformidade com o negócio jurídico, através da utilização do mandado de segurança ou da reclamação correicional, a depender do caso.

Entretanto, convém se ressaltar que a parte deverá alegar o descumprimento do negócio jurídico processual pelo juiz na primeira oportunidade que for possível, sob pena de preclusão. Isso, porque, em regra, os atos negociais praticados no curso do processo não podem ser conhecidos de ofício, dependendo de requerimento, pois o silêncio da parte importará em resilição – que integra o plano da eficácia – do negócio jurídico violado e surgimento de negócio jurídico novo. Nesse sentido, o Enunciado 252 do FPPC: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

Assim, a melhor orientação parece ser aquela que afirma que o juiz pode ser parte em negócio jurídico plurilateral, pois, nesses negócios jurídicos processuais, o magistrado não se vincula por força de norma legal previamente existente, e, sim, em virtude de norma negocial formada a partir da sua manifestação de vontade conjugada com a das partes.

Portanto, note-se que a vinculação do juiz a um negócio jurídico processual plurilateral poderá ocorrer com fundamento em autorização legal expressa, como ocorre no art. 191 do CPC – o qual consagra o calendário processual como negócio

jurídico processual típico³¹⁷ –, mas também através da autorização legal genérica do art. 190 do CPC/2015.

Outro ponto que deve ser abordado diz respeito à previsão do art. 190 do CPC/2015 de vedar a celebração de negócios jurídicos sobre direitos que não admitam autocomposição. Tal disposição não quis se referir aos direitos materiais indisponíveis. Estes, não raramente – apesar de indisponíveis –, são transacionáveis. Inclusive, o §2º do art. 3º da Lei n.º 13.140/2015 dispõe que: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. É o caso, por exemplo, do direito aos alimentos. Ele é indisponível, mas pode ser transacionável em relação ao valor e à forma de pagamento. É possível a celebração de variadas convenções processuais acerca da produção da prova. Da mesma forma, a ação de investigação de paternidade versa sobre direito indisponível afeto à personalidade da pessoa. Todavia, é incontroversa a possibilidade de haver acordo para a realização do exame de DNA, que tem natureza de prova pericial.

Na verdade, os negócios jurídicos processuais não admitem a mesma amplitude de objeto que os negócios jurídicos materiais. O autorregramento da vontade não se opera da mesma forma que a autonomia privada. A partir do art. 190 do CPC/2015, verifica-se que os negócios jurídicos processuais podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Nesse sentido, impende se observar que o art. 190 do CPC/2015 tem nítida inspiração na ZPO alemã. Nascida sob o antigo Reich, em 1879, a ZPO alemã não possuía, originariamente, autorização genérica para os acordos processuais³¹⁸. Todavia, tal diploma sofreu importante reforma no ano de 2002, o qual fortaleceu o impulso formal e material do processo, conferindo maior protagonismo de direção ao magistrado, além de adotar um sistema processual mais flexível, com capacidade de

³¹⁷ “[...] De acordo com o texto, às partes foi conferida a possibilidade de regular ou, até mesmo, modificar detalhes do procedimento, com vistas a adequá-lo ao caso concreto. Essa adaptação pode ser feita tanto por meio de um negócio bilateral, como por intermédio de um negócio plurilateral, envolvendo partes e juiz, sendo que, neste último caso, usualmente se recorre ao magistrado para fixar um calendário processual, com fulcro no já mencionado art. 191 do CPC.” (GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. GOMES, Júlio Cesar dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios Jurídicos Processuais e as Bases para a sua Consolidação no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Maio. 2017. p. 43-73)

³¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. vol. 111, Jul./Set., p. 103-112, 2003.

adaptação às especificidades da causa, bem como autorizando a estipulação de contratos processuais pelas partes³¹⁹. Nesse sentido, Christoph A. Kern leciona que a doutrina alemã majoritariamente sustenta a admissibilidade de dois tipos de convenções processuais: convenções processuais em sentido estrito e convenções que criam obrigações sobre processo³²⁰ – assim como disposto no art. 190 do CPC/2015.

Portanto, somente são admissíveis as convenções dispositivas (acordos sobre atos do procedimento) e convenções obrigacionais (acordos sobre situações jurídicas processuais)³²¹.

Em relação às convenções obrigacionais, cumpre se salientar que as partes não podem dispor livremente sobre os poderes do juiz. A afetação dos poderes do juiz somente poderá ocorrer quando houver autorização legal, como ocorre, *v.g.*, na suspensão convencional do processo, na forma do art. 313, II, do CPC/2015³²².

Já a segunda forma de flexibilização procedimental pelas partes diz respeito à possibilidade de cumulação de pedidos de procedimentos diversos, quando a parte optar pelo procedimento ordinário, sem abdicar das técnicas especiais dos procedimentos especiais – quando possível –, a teor do §2^a do art. 327 do CPC/2015³²³. Segundo o Enunciado n.º 506 do FPPC: “A expressão “procedimentos especiais” a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial”.

No sistema do CPC anterior, o §2º do art. 292³²⁴ autorizava a cumulação de pedidos de procedimentos diversos, desde que esses se submetessem ao rito

³¹⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções processuais em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1. p. 337-366.

³²⁰ KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1. p. 213-226

³²¹ CABRAL. **Convenções Processuais**. 2016. p. 72-75

³²² CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentários ao art. 200 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 341.

³²³ Art. 327. [...] § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

³²⁴ Art. 292. [...] §2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.

ordinário. Entretanto, não havia a ressalva do §2º do art. 327 do CPC/2015 – “sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum” –, o que, por óbvio, gerava inconvenientes, visto que partia de algumas premissas equivocadas.

A primeira seria de que todos os procedimentos especiais seriam caracterizados pela sumariedade, o que não pode ser admitido como verdadeiro, pois, como bem pontua Heitor Vitor Mendonça Sica, há vários procedimentos especiais revestidos de maior complexidade do que o procedimento comum, tais como a ação divisória, a ação demarcatória e a ação de prestação de contas movida por quem tem o direito de exigilas³²⁵.

A segunda premissa equivocada seria a de que os procedimentos são instituídos em favor do autor, o que também não pode ser reputado como correto. Por exemplo, na ação possessória e na ação consignatória, era possível ao réu formular pedidos em face do autor, sem necessidade de apresentar reconvenção³²⁶. Nos ritos dos embargos de terceiro e da ação de substituição de título ao portador, havia a exigência de prévia justificação de determinados requisitos, sem o que o réu sequer seria citado³²⁷.

A terceira premissa equivocada corresponde à crença de que todos os procedimentos eram redutíveis ao procedimento ordinário. Nesse sentido, não se pode ignorar que as diversas providências elencadas no art. 942 do CPC/73 – que estabelecia os requisitos da petição da ação de usucapião³²⁸ – não eram instituídas

³²⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. vol. 208, Jun., 2012. p. 61-89

³²⁶ SICA. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. 2012. p. 61-89

³²⁷ FABRICIO, Adroaldo Furtado. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia de Direito Processual**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em 22/10/2016.

³²⁸ “Temos, entretanto, que esse procedimento de ampla convocação, pelo qual se impõe a citação dos confinantes do imóvel e dos terceiros interessados, bem como a intimação das pessoas políticas, está expressamente previsto apenas para as ações declaratórias de usucapião ordinário, extraordinário e especial rural. Não há previsão nem para a usucapião especial urbana nem tampouco para os casos de usucapião alegada como matéria defesa, qualquer que seja a modalidade, embora seu reconhecimento enseje a transcrição do título constituído com a sentença no Cartório de Registro de Imóveis, como visto (art. 1.241 do Código Civil/2002)” (ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns Aspectos Relevantes da Usucapião e da Expropriação Privada. In: MAZZEI, Rodrigo (coord). **Questões Processuais do novo Código Civil**. Barueri: Manole, 2006. p. 424)

em favor de quaisquer das partes, e, sim, no interesse de terceiros, razão pela qual as partes não poderiam dispor do procedimento³²⁹.

Similar raciocínio se pode fazer, atualmente, em relação às providências do §1º do art. 554 do CPC/2015³³⁰, visto que não pode haver disponibilidade da técnica especial por quaisquer dos envolvidos. Assim, deve o juízo assegurar a aplicação da técnica especial, ali consagrada, em caso de adoção do procedimento comum, em detrimento do procedimento instituído em favor do réu ou de terceiros. Nessa última hipótese, o afastamento da técnica especial, instituída em favor de terceiros, também não pode ser objeto de convenção processual – verdadeiro limite ao autorregramento da vontade.

Em decorrência do dogma da indisponibilidade da técnica especial, parte considerável da doutrina identificava uma aparente antinomia entre o art. 292, §2º, e os artigos 250 e 295, V, todos do CPC/1973. Segundo esse segmento da doutrina, a margem de escolha do procedimento pelo autor deveria ser reduzida, visto que “[...] as normas procedimentais seriam de “ordem pública”, não podendo ficar à livre disposição das partes”³³¹.

Especialmente em razão das críticas que surgiram em decorrência dessa última premissa, a doutrina passou a distinguir entre “procedimentos fungíveis” e “infungíveis”³³². Candido Rangel Dinamarco, por sua vez, sugeriu a nomenclatura de “procedimentos especiais” e “procedimentos diferenciados”, para distinguir os procedimentos que seriam de adoção compulsória ou disponível. Os primeiros deveriam ser adotados pelas partes de forma imperativa, enquanto que os segundos se apresentariam como opções de tutelas presentes no ordenamento, disponíveis

³²⁹ FABRICIO. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia de Direito Processual**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em 22/10/2016.

³³⁰ Art. 554. [...] § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

³³¹ SICA. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. 2012. p. 61-89

³³² “Em resumo, segundo o raciocínio aqui proposto, a dicotomia entre os procedimentos especiais infungíveis e fungíveis não está ligada intrínseca e necessariamente ao grau de diferenciação deles em relação ao procedimento comum, e podem entrar em cena outros critérios, como a existência de dúvida quanto ao cabimento do procedimento especial e à possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional de qualidade igual ou muito similar por meio do procedimento comum.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. 2012. p. 61-89)

pelas partes, tais como o procedimento do mandado de segurança, o procedimento monitório e o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais³³³.

A par de tais considerações, o CPC/2015 buscou afastar a aparente antinomia existente no diploma anterior, pois, além de inserir, no §2º do art. 327 do CPC/2015, a ressalva “sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”, não repetiu a possibilidade de o juiz indeferir a petição inicial, na forma preconizada no art. 295, V, do CPC/1973. Acerca do tema, cumpre trazer à colação o escólio de Daniel Penteadado de Castro.

O NCPC aboliu o regramento anterior previsto no art. 295, V, do CPC de 1973, o qual previa o indeferimento da petição inicial, quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou valor da ação, caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal.

Por sua vez e conforme já comentado no item 3.3. supra, o novel código, ao tratar dos poderes de direção do processo conferido ao juiz, introduziu em seu inciso VI, o poder de “(...) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.”, providência que, em certa medida, autoriza a quebra de uma observância rígida ante prevista em determinado procedimento específico. Ainda, o art. 190 expressamente assegura às partes a prerrogativa de 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”, desde que a causa verse sobre direitos que admitam autocomposição.

Tais inovações revelam novos traços de que o procedimento especial pode relativizar-se em dadas circunstâncias, a corroborar, que o procedimento comum pode, por vezes, autorizar semelhante tutela jurisdicional antes discriminada em determinado procedimento especial regulado por atos específicos voltados a atender dado direito material.³³⁴

Portanto, no CPC/2015, em princípio, o magistrado não realizará o controle acerca do procedimento adotado pela parte, uma vez que a cumulação de pedidos correspondentes a procedimentos diversos não importa necessariamente na abdicação da técnica processual diferenciada.

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 338-341 e 737-740.

³³⁴ CASTRO, Daniel Penteadado de. Considerações sobre a Sobrevivência dos Procedimentos Especiais no NCPC. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 326.

O controle do procedimento adotado pelo autor em razão de cumulação de pedidos de procedimentos distintos somente será realizado pelo juiz quando houver uma deliberada tentativa de abandono da técnica especial instituída em favor do réu ou de terceiros.

Tal solução se coaduna com o princípio da primazia da decisão de mérito, consagrado como norma fundamental no art. 4º do CPC/2015, visto que o disposto no art. 327, §2º, do CPC/2015 viabiliza que o magistrado preserve o regular andamento do processo, evitando a sua extinção sem a análise do mérito.

Em relação a esse último princípio, cabe justificar a nomenclatura adotada, tendo em vista que se tem verificado na doutrina a utilização de variadas designações, dentre as quais calha destacar: “Princípio da Primazia da Decisão de Mérito”³³⁵, “Princípio da Primazia da Resolução do Mérito”³³⁶ e “Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito”³³⁷.

Dentre essas, a única que parece se amoldar a uma adequada interpretação sistemática do CPC/2015 é a primeira, dado que o art. 4º não pode ser interpretado em dissonância com o art. 3º, o qual estabelece variadas esferas de decisão no processo: julgamento pelo magistrado, homologação pelo juiz de uma autocomposição obtida pelas próprias partes ou julgamento pela via arbitral.

Desse modo, a nomenclatura “Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito” parece equivocada, porque, pela própria dicção do art. 3º do CPC/2015, a decisão adjudicada obtida pelo julgamento perde a sua primazia.

Em que pese o próprio art. 4º do CPC/2015 utilize-se da designação “solução integral do mérito” – expressão que legitimaria o emprego da nomenclatura “Primazia da Resolução do Mérito” –, essa não se amolda perfeitamente à autocomposição, em

³³⁵ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. **Revista de Processo**. vol. 282. Ago., 2018, p. 383-407. / LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. v. 268. Jun., 2017. p. 71-91./ RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**. vol 285. Nov., 2018. p. 365-396.

³³⁶ ARAÚJO, José Henrique Mouta. A primazia da resolução de mérito e seus reflexos no mandado de segurança. **Revista de Processo**. vol. 287. Jan, 2019. p. 357-380. /THEODORO JÚNIOR, Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. Vol. 258, nov., 2018. P. 65-88.

³³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 4º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35-37./ LINS, Artur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

especial à mediação, a qual tem a solução ou resolução do mérito apenas como um resultado possível.

Por fim, não se pode deixar de abordar o Princípio do Contraditório, diante do relevante papel que por ele é exercido em sua feição contemporânea, desapegada da origem etimológica da palavra de “contradizer”. Tal desapego pode ser verificado a partir do afastamento da equivocada sinonímia entre “questão” e “questão controvertida”, bem como a partir do reconhecimento da dupla destinação do contraditório, o qual se direciona tanto à atividade do juiz, quanto à das partes³³⁸.

Nesse sentido, Elio Fazzalari leciona que o objeto do contraditório é constituído por “questões” (*quaestio*) relativas às próprias atividades processuais e ao mérito, que podem ser controvertidas ou não, razão pela qual não seria adequado tratar “questão” e “questão controvertida” como sinônimos³³⁹.

Ademais, não se pode deixar de observar as diversas mutações de sentido que o contraditório sofreu ao longo da história. Ele surgiu na Antiguidade grega, com o sentido de “audiência bilateral”, fundamentado na ótica jusnaturalista, segundo a qual o contraditório seria inerente a qualquer processo judicial, em que o juiz somente estaria apto a julgar o pedido do autor após a notificação do réu para se manifestar. Já na Idade Média, o conceito passou a agregar a noção de que o juiz deve velar pela paridade de armas, manifestada através de uma postura neutra, porém, não passiva³⁴⁰.

A partir da segunda metade do século XIX, o contraditório teve um declínio, que afetou a sua função axiológica, a ponto de, na Alemanha nazista, ter sido proposta a sua eliminação³⁴¹.

O seu renascimento somente se operou após a Segunda Guerra Mundial, momento no qual o Estado de Direito ascende contra os deletérios efeitos dos regimes autoritários e passa a valorizar um método dialético de solução de conflitos e de paridade de tratamento dos litigantes, como desdobramento do primado da dignidade da pessoa humana, da eficácia concreta dos direitos fundamentais e da busca pelo amplo acesso à justiça³⁴².

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 124.

³³⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto procesuale**. 8ª ed. Pádua: CEDAM, 1996. pg. 88-89.

³⁴⁰ GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. Revista Dialética de Direito Processual. Mar., n.º 24, 2005. p. 71-72.

³⁴¹ GRECO. **O princípio do contraditório**. 2005. p. 72.

³⁴² GRECO. **O princípio do contraditório**. 2005. p. 72.

No Brasil, a primeira carta constitucional que consagrou o princípio do contraditório, curiosamente, foi a outorgada Constituição Federal de 1937. Todavia, tal diploma, tal quais as constituições de 1946 e 1967, somente previa o contraditório no processo penal³⁴³.

A Constituição de 1988 ampliou o espectro do contraditório, alargando-o, expressamente, para todo o processo judicial e também para o processo administrativo. Apesar da literalidade do dispositivo, não se pode deixar de observar que o princípio democrático impõe a participação como requisito de legitimação do exercício de todo e qualquer poder no Estado Democrático de Direito, razão pela qual o contraditório deve ser observado nos processos jurisdicional, administrativo e, também, no negocial³⁴⁴.

Assim, a Constituição Federal de 1988 recepciona uma noção de contraditório participativo, surgido na segunda metade do século XX, no qual o contraditório deixa de ser um simples instrumento de embate, para se traduzir em instrumento de participação e de influência na decisão. Na Constituição Federal de 1988, o contraditório deixa de ocupar o *status* apenas de princípio, para desempenhar também o papel de garantia fundamental, o que se opera em uma via de mão dupla, entre juiz e as partes³⁴⁵.

Nesse sentido, Nicola Picardi defende que o contraditório não pode mais ser visto como um instrumento de luta entre as partes, por ter se transformado num instrumento operacional do juízo e, desse modo, um pressuposto fundamental do próprio julgamento³⁴⁶.

³⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.194.

³⁴⁴ “Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial (não obstante a literalidade do texto constitucional). [...] O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.” (DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução, parte geral e processo de conhecimento. 2016. p. 81)

³⁴⁵ GRECO. **O princípio do contraditório**. 2005. p. 72.

³⁴⁶ “[...] Neste quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz e, assim, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante, como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (quanto menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece uma lógica diversa, a técnicas argumentativas e justificativas. Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito da lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável. Quando tratamos

Com a entrada em vigor do CPC/2015, o contraditório foi consagrado como norma fundamental do processo civil, segundo a qual: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Como se pode perceber, tal conceito agrega as noções de cognição, participação e isonomia, as quais constituem o núcleo do contraditório efetivo.

Para a consecução do princípio, necessário primordialmente que se esteja diante de partes contrapostas, havendo a ciência e a oportunidade de contrapor não só argumentos – contraditório argumentativo –, mas também fatos devidamente reconstruídos – contraditório material –, em igualdade de condições. Daí se destaca ser a cognição – ciência –, a participação – a oportunidade – e a isonomia – paridade – seus elementos essenciais. Acrescente-se aqui o poder de influenciar, como já ficou destacado nesse trabalho, com base na contribuição kelseniana. A ausência de qualquer um desses elementos desnatura o contraditório, transformando-o em qualquer outra coisa, menos na precisa regra de ouro, expressão cunhada pela doutrina italiana.³⁴⁷

Contudo, cumpre se advertir que o contraditório do CPC/2015 não se encontra mais inserido em um modelo adversarial, e, sim, cooperativo, tendo em vista que o art. 6º do CPC/2015, expressamente, adotou esse último modelo, nos seguintes termos: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O modelo colaborativo objetiva a criação de uma comunidade de trabalho, na qual há uma divisão mais equilibrada dos poderes de condução do processo³⁴⁸.

de situações conflituais, é possível apenas individualizar as estradas impercorríveis da investigação: uma investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto.” (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 142-143)

³⁴⁷ SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.488.

³⁴⁸ “A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes - com um aumento *concorrente* dos poderes do juiz e das partes no processo civil.” (MITIDIÉRO. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2015. p. 52.)

Nesse sentido, criam-se deveres de conduta para as partes e para o juiz, sendo que este último passa a exercer uma “dupla posição”: uma posição simétrica à das partes na condução do processo – paritário no diálogo processual – e outra assimétrica, por ocasião da prolação da decisão³⁴⁹.

Desse modo, o reflexo dessa mudança de paradigma é que o direito de participação – intrínseco ao contraditório – acaba por se traduzir em dever de colaboração.

Com efeito, a lide terá a solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo. O contraditório assume função ainda mais nobilitante: a participação deixa de ser apenas indicativo de justa possibilidade de manifestação para a configurar colaboração para uma solução justa. O processo é uma atividade de sujeitos em cooperação e a “coparticipação” das partes na formação do decisor é uma exigência decorrente do princípio constitucional do contraditório.³⁵⁰

Todavia, não se pode ignorar que o juiz não apenas processa e julga o processo, mas, a teor do art. 139, inciso V, do CPC/2015, deve promover a autocomposição a qualquer tempo, preferencialmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, não sendo admissível supor que, por ocasião da condução da autocomposição, esteja dispensado de observar os princípios da colaboração e do contraditório. Estes continuam incidindo na relação, independentemente de a autocomposição estar sendo conduzida pelo juiz ou por terceiro.

Obviamente, o contraditório e a colaboração assumem feições próprias na autocomposição. A colaboração assume sua expressão máxima, pois a simetria, antes restrita à condução do processo, aqui se estende ao processo decisório, o que nos permite falar em dupla simetria.

O contraditório – o qual, segundo Nicola Picardi, já não podia ser visto como um instrumento de luta – passa a ser instrumento a serviço de todos os sujeitos processuais, observada a tríade que compõe o seu núcleo essencial: cognição, colaboração e isonomia.

Todos os três elementos essenciais do núcleo do contraditório são passíveis de serem extraídos dos princípios da conciliação e mediação, consagrados no

³⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, p. 213-225, 2011.

³⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 201-202

CPC/2015, da Lei de Mediação e da Resolução CNJ n.º 125/2010, os quais viabilizam que os sujeitos argumentem e exerçam influências recíprocas.

Nesse sentido, o Princípio da Oralidade, previsto no art. 166 do CPC/2015 e no art. 2º da Lei de Mediação, operacionaliza-se através da técnica da escuta ativa, notadamente no seu tripé legitimação, balanceamento e perguntas³⁵¹ – o que será melhor detalhado mais a frente, por ocasião do estudo dos princípios específicos da mediação e conciliação –, a qual demonstra que o contraditório não se opera apenas entre as partes, mas também envolve o mediador e o conciliador.

Da mesma forma, o Princípio da Decisão Informada, previsto no art. 166 do CPC/2015 e definido no art. 1º, inciso III, do Anexo III, da Resolução CNJ n.º 125/2010 como o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”, demonstra que também a colaboração e a influência do mediador e do conciliador se operam em relação às partes, o que se dá de modo dialógico. Essas, por sua vez, interagem de forma recíproca, com o escopo de influenciarem a parte contrária.

Também não se pode ignorar que segmento da doutrina identifica o poder de propor e produzir provas como um desdobramento do contraditório³⁵². A produção de provas também se mostra possível na autocomposição, através da celebração de negócios jurídicos processuais para a produção de prova, como ocorre, por exemplo, quando as partes acordam a realização de um exame de DNA, com o escopo de aferir a paternidade no bojo de uma ação de investigação de paternidade. Ademais, o próprio CPC/2015, no art. 381, inciso III, viabiliza a produção antecipada de prova com o objetivo de viabilizar a tentativa de autocomposição.

O último elemento do núcleo contraditório (a isonomia) apresenta-se como princípio – expressamente consagrado no art. 2º da Lei de Mediação – e mantém íntima relação com o Princípio da Imparcialidade.

Por tudo o que foi exposto, verifica-se que o CPC/2015 representa uma verdadeira ressystematização do direito processual, uma vez que consolidou uma nova orientação acerca de processo – visto sobre a ótica do formalismo-valorativo – e da jurisdição, mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

³⁵¹ ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash. 2014. E-book

³⁵² GRECO. O princípio do contraditório. 2005. p. 71-79.

5. DO MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS AO MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO

A palavra sistema é plurissignificativa e multidisciplinar, visto que é adotada pelos diversos ramos das ciências, sem que haja uma unidade de sentido – v.g., sistema solar, ecossistema, sistema político, sistema financeiro, etc.

Em interessante estudo acerca da falta de cientificidade dos sistemas processuais penais, Rodrigo Régner Chemim Guimarães realiza um incursão histórico acerca da evolução do conceito de sistema, no qual calha destacar os seguintes marcos: 1º) *uso primitivo da palavra “sistema” em Aristóteles* – nesse período, prevaleceu o sentido conferido por Aristóteles a sistema como uma mera organização de ideias; 2º) *processo de secularização* – a concepção organizacional de Aristóteles continua a exercer influência, entretanto, há um distanciamento da visão teológica de mundo. O sistema heliocêntrico, de Nicolau Copérnico, fulminou a visão dogmática de mundo geocêntrico aristotélico-cristão; 3º) *noção de sistema em Christian Wolff* – o labor desse filósofo é considerado um marco na ideia de sistema, em razão de ter alcançado a noção de “ordem”, obtida entre as semelhanças e distinções, a qual será basilar para o desenvolvimento do pensamento de Immanuel Kant, que o sucedeu; 4º) *sistemas em Immanuel Kant* – o conceito de sistema desenvolvido por Kant continua sendo até hoje o paradigma de qualquer discurso que se desenvolve na matéria. Segundo esse pensamento, todo sistema deve ter por fundamento um “princípio de unidade sistêmica”, ou seja, o sistema deve ser identificado a partir de uma racional ideia fundante. Nesse sentido, há uma distinção entre “unidade técnica” e “sistema”, visto que este último é observado a partir de uma ideia fundante construída *a priori*, enquanto aquela é fruto de uma mera constatação empírica, observada *a posteriori*; 5º) *sistemas em Ludwig Von Bertalanffy* – partindo do conceito de sistema de Kant (baseada no princípio unificador), esse pensador se preocupou mais com a construção de uma “teoria geral dos sistemas” do que com a identificação de um conceito preciso. Tal teoria trabalha com a dicotomia entre sistemas abertos e fechados, demonstrando uma especial preocupação com as funções dos sistemas, em detrimento de uma visão meramente estrutural desses; 6º) *sistemas em Claus-Wilhelm Canaris* – partindo do pensamento kantiano, trata-se de importante abordagem dos sistemas sob a ótica jurídica, a qual destaca a importância da

“interpretação sistemática” como forma de eliminar quebras e lacunas desse sistema. Tal pensador defende a possibilidade de existir mais de um princípio unificador de um sistema, ou seja, é possível que haja “princípios constitutivos portadores de unidade”; 7º) *sistema em Talcott Parsons* – consiste em um discurso funcionalista de sistemas, segundo o qual os sistemas sociais se apresentariam como “sistemas de ação”, com quatro funções primárias: a manutenção do padrão, a integração, a realização de um objetivo e a adaptação. Portanto, tal teoria considerava os sistemas sociais como sistemas abertos (Bertalanffy) baseados em uma ideia fundante, a partir de princípios unificadores (Kant); 8º) *sistemas em Maturana e Varela* – a partir de uma noção formulada na Biologia, um sistema seria caracterizado pela sua função autopoiética, ou seja, o sistema se caracterizaria pela sua capacidade de se produzir de modo contínuo a si próprio; 9º) *sistemas em Niklas Luhmann* – tal sociólogo desenvolve um conceito de “sistema social” voltado a analisar sistemas complexos, no qual realiza uma diferenciação entre “sistema” e “ambiente”, que constituem duas partes de uma forma que, apesar de existirem separadamente, não podem existir uma sem a outra³⁵³.

A partir dessa análise, verifica-se que a teoria dos sistemas sofreu grande evolução ao longo do tempo, sendo certo que a sucessão de teorias não representou, necessariamente, uma superação das teorias antecedentes. Especialmente a partir de Immanuel Kant, verifica-se a fusão de ideias e conceitos que propiciou a formulação e o desenvolvimento de uma teoria dos sistemas.

Essas ideias e conceitos merecem uma abordagem mais detalhada, pois o presente trabalho tenta fugir de uma análise sistemática que se resume a uma mera organização de ideias, prestigiando uma visão operativa do microssistema de autocomposição judicial, bem como as interações que esse realiza com os demais sistemas que formam o seu ambiente circundante.

Nesse sentido, cumpre-se salientar que a distinção entre sistema e ambiente é obtida a partir da *diferença*, ou seja, tudo aquilo que não pertence a um sistema deve ser considerado como seu ambiente³⁵⁴. Sob essa perspectiva, outros sistemas podem se apresentar como meio ambiente em relação a determinado sistema. Assim, “um

³⁵³ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Ensaio em busca dos sistemas processuais penais**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 10, n. 8, Porto Alegre: FMP, 2010. p. 235-271.

³⁵⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

sistema caracteriza-se pela diferença com seu ambiente e pelas operações internas de autoreprodução de seus elementos”³⁵⁵.

A partir de tal premissa, Niklas Luhmann defende que os sistemas sociais são cognitivamente abertos e operativamente fechados. Por serem operativamente fechados, o ambiente não interfere na operação interna do sistema, o qual se auto-organiza e autorreproduz (*autopoiese*) através de suas próprias operações.³⁵⁶

A autorreprodução somente é possível, porque o meio ambiente não modifica o sistema. Este que, na verdade, reage às irritações, estímulos ou perturbações causados por aquele (autoirritação)³⁵⁷. Tal interação entre os sistemas é chamada de *acoplamento estrutural*, por meio do qual o sistema seleciona no ambiente o que é relevante para as suas operações internas.

Para uma adequada compreensão do acoplamento estrutural, impende se observar que ele não se opera entre o sistema e a totalidade do meio, mas apenas a uma parte escolhida de maneira altamente seletiva. Desse modo, apenas o recorte feito do meio ficará acoplado estruturalmente³⁵⁸.

Sem desconsiderar o valor da sua contribuição, a perspectiva aqui adotada dista da Teoria Pura do Direito de Kelsen, pois, apesar de esta também se apresentar como um sistema autorreferencial, tal qual a teoria de Luhmann, ambas percorrem caminhos distintos³⁵⁹.

O distanciamento não é arbitrário, visto que se justifica pela adoção da perspectiva de Luhmann em considerar os sistemas sociais como sistemas cognitivamente abertos.

Para uma melhor compreensão, calha invocar a fábula do 12º camelo, segundo a qual um rico beduíno, que possuía três filhos, dispôs acerca da sua sucessão da seguinte forma: por ocasião do seu óbito, o mais velho ficaria com metade dos seus camelos (1/2), o filho do meio, com um quarto (1/4) e o filho mais novo, com um sexto (1/6). Ocorre que, por ocasião da morte do beduíno, este somente possuía onze (11) camelos. Como não havia acordo acerca da forma de divisão, a questão foi levada ao

³⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2011, p. 66.

³⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 112/113.

³⁵⁷ LUHMANN. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2011. p.132.

³⁵⁸ LUHMANN. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2011. p. 131;

³⁵⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal**: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. Revista da Faculdade Autônoma de Direito. ano 1. nº 1. jan./jun. , p. 245-278, 2011.

juiz, o qual propôs que ele próprio fornecesse aos irmãos o seu próprio camelo para integralizar o montante a ser repartido – o qual passou a possuir 12 camelos –, sob o compromisso de restituição o mais rápido possível, segundo a vontade de Alá. Em razão do crescimento patrimonial a ser partilhado, os irmãos prontamente concordaram e o juiz passou à realização da partilha. Ao filho mais velho do beduíno foram entregues seis (6) camelos, correspondentes a metade (1/2) de doze. Ao filho do meio foram entregues três (3) camelos, correspondentes a um quarto (1/4) de doze. Ao mais novo foram entregues dois (2) camelos, correspondentes a um sexto (1/6) de doze. Todos os irmãos saíram satisfeitos com a divisão, e o juiz recebeu o seu camelo de volta, haja vista que os irmãos levaram consigo apenas 11 camelos³⁶⁰.

No exemplo acima, o décimo segundo camelo não integrava o sistema. Todavia, ao ingressar nele, o camelo passa a exercer importante papel, sem alterar as regras de operação (regras de divisão dos camelos) do próprio sistema.

Assim, o sistema jurídico busca, no seu ambiente externo (sociedade), a comunicação que deseja disciplinar e a transporta para o interior do sistema como comunicação jurídica, conferindo-lhe tratamento normativo. Desse modo, o sistema jurídico é aberto cognitivamente, uma vez que permite o ingresso de informações de seu ambiente. Todavia, esse mesmo sistema será operacionalmente fechado, haja vista que a realização de suas operações internas irá se reger pelo seu próprio código³⁶¹. É exatamente em decorrência dessa clausura operacional que o Direito pode se abrir cognitivamente a inúmeros fatos e estados de seu ambiente³⁶².

Exemplo notável do que ora se sustenta pode ser encontrado na *ratio decidendi* da ADPF 54/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal³⁶³. No voto vitorioso do Ministro-relator, Marco Aurélio Mello,

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do conflito. In: ARNAUD, André-Jean; Lopes Jr., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Trad. Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréa da Silva Manão; Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-34

³⁶¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 147/148

³⁶² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2007. p. 62

³⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADPF 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJE: 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 19/02/2018.

restou evidente que as noções de vida e morte utilizadas no julgamento partiram de conceitos médicos, que consideravam o anencéfalo como hipótese de morte cerebral. Assim, um conceito da ciência médica ingressou no ordenamento jurídico e, a partir do momento em que foi traduzido em linguagem jurídica, produziu efeitos jurídicos.

Assim, a autonomia do sistema jurídico não há de ser entendida no sentido de um isolamento desse frente aos demais sistemas sociais, os quais são funcionalmente diferenciados.

[...] Essa autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de procedimentos desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial. [...]³⁶⁴

Para Niklas Luhmann, “os conflitos são, por excelência catalizadores da construção de sistemas, que, por algum motivo, formam-se dentro de outros sistemas, e não adquirem o estatuto de sistemas principais, mas sim parasitários”.³⁶⁵

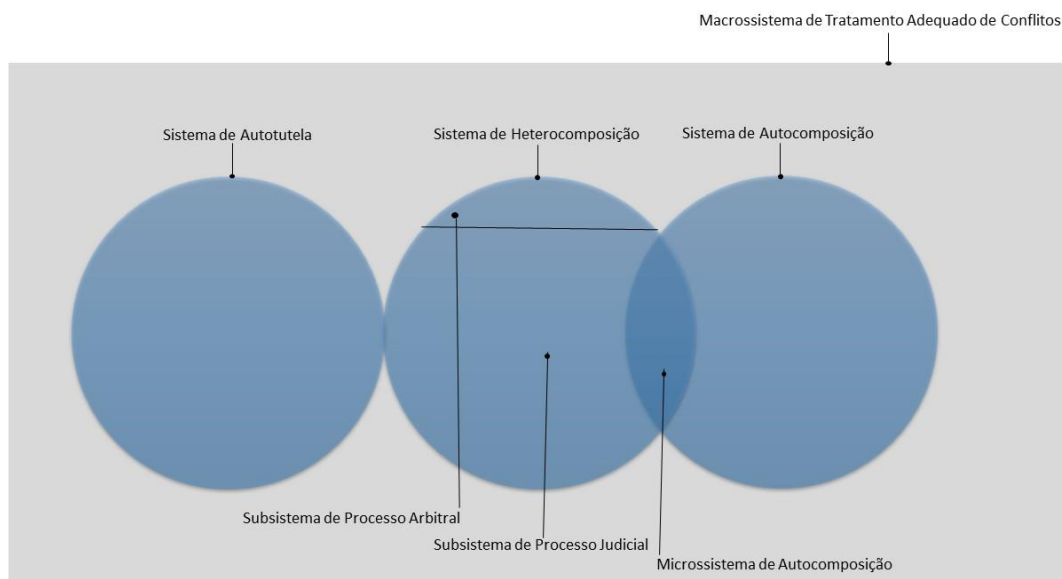
Desse modo, o estudo realizado no capítulo anterior acerca do conflito adquire importância, já que uma análise ampla desse fenômeno permite a realização de acoplamentos estruturais entre os sistemas de tratamento de conflito, para definir quais se mostram mais adequados.

Valendo-se das noções referidas acima, o presente trabalho se utilizará da palavra “sistema”, a partir de uma ideia fundante, baseada em princípios unificadores, os quais devem desempenhar o papel de interligar determinado conjunto de normas comuns, que se distinguem do seu ambiente em razão das operações próprias (operativamente fechadas).

A partir de tal noção, este labor apresenta a premissa de que há um macrossistema de tratamento adequado de conflitos, composto por outros sistemas, subsistemas e microssistemas, os quais são representados no esquema a seguir:

³⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Judiciário e Conflitos Sociais** (na perspectiva da pós-modernidade). Revista de Processo, vol. 70, abr./jun., p. 135-142, 1993.

³⁶⁵ LUHMANN. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2011. p. 335.



Fonte: Elaborado pelo próprio autor da presente dissertação.

Saliente-se que a organização sistemática esboçada não é aleatória, mas parte da premissa de que cada um dos sistemas acima identificados goza de uma ideia fundante, obtida através de princípios próprios e unificadores, os quais se distinguem do meio ambiente que os cerca em decorrência de operarem de formas distintas.

Também cumpre se esclarecer que, apesar de a heterocomposição ser, ordinariamente, classificada pela doutrina em “arbitral” e “jurisdição estatal”³⁶⁶, no presente trabalho, por outro lado, serão utilizadas as designações “processo arbitral” e “processo judicial”, como forma de tirar o foco, exclusivamente, do terceiro que intervém no conflito e de valorizar a forma como esse terceiro se relaciona e interage com as pessoas em conflito. Ademais, atualmente, prevalece na doutrina o entendimento de que a arbitragem possui natureza jurisdicional³⁶⁷, razão pela qual a designação “jurisdição” não distingue as modalidades heterocompositivas.

Convém, outrossim, esclarecer-se a alocação do Microsistema de Autocomposição na interseção do Sistema de Processo Judicial com o Sistema de Autocomposição, o que poderia causar estranheza.

No CPC/1973, a autocomposição era admitida em qualquer momento do processo, mas não continha uma fase própria. No procedimento ordinário, a conciliação seria tentada pelo magistrado no início da audiência de instrução e

³⁶⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método: 2015. p. 55 e 61

³⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Jurisdição**. Revista de Processo, n. 58, p.33-40, São Paulo, abr./jun., 1990.

juízo (art. 448³⁶⁸). No procedimento sumário, após a edição da Lei n.º 9.245/95, foi criada uma audiência de conciliação, na qual, caso a autocomposição restasse frustrada, a parte ré deveria apresentar resposta, acompanhada das provas documentais e indicação das provas orais e periciais que desejava produzir. Na contestação, era admitida a formalização de pedido contraposto, em vez de apresentação de reconvenção³⁶⁹ (arts. 277 e 278).

Assim, verifica-se que, no CPC/1973, contraditoriamente, as partes e seus representantes deviam se preparar para litigar em audiência de conciliação, sob pena de prejudicarem as suas defesas, caso a conciliação não fosse exitosa. Por consequência, o ânimo que orientava a audiência era conflituoso e o acordo de vontades era tido apenas como um resultado possível. Ou seja, nesse momento, os sistemas de heterocomposição e autocomposição eram distintos, e eventual obtenção do acordo era representada por um mero acoplamento estrutural esporádico entre tais sistemas.

A situação é substancialmente diversa no CPC/2015, haja vista que esse se preocupou em criar um módulo processual de autocomposição, no bojo do processo genuinamente heterocompositivo, o que representa um acoplamento estrutural permanente entre os sistemas heterocompositivo e autocompositivo.

Para melhor compreender a existência do módulo de autocomposição judicial, mostra-se indispensável se recorrer à ideia de módulo processual de Elio Fazzalari, segundo a qual o procedimento deve ser entendido como “módulo legal do fenômeno em abstrato”³⁷⁰, visto que “[...] o procedimento contém atos interligados de maneira lógica e regidos por determinadas normas, sendo que o posterior, também regido por normas, dependerá do anterior, e entre eles se formará um conjunto lógico com um

³⁶⁸ Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

³⁶⁹ “Pedido contraposto. As ações de procedimento sumário, a teor do §1.º do art. 278, admitem que o réu formule pedido contraposto na própria contestação, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. Sempre se teve a reconvenção como incompatível com o rito sumário. Havia regra expressa a respeito (o antigo §2º do art. 315 assim dispunha “Não se admitirá a reconvenção nas causas de procedimento sumaríssimo”. Não obstante tenha sido revogada referida regra, permanece – segundo entendemos – a incompatibilidade entre a reconvenção e as causas de procedimento sumário, tanto mais que o atual §1º do art. 278 possibilita a formulação de pedido contraposto nas causas de procedimento sumário. [...]” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.566-567.)

³⁷⁰ “[...] a atividade preparatória do provimento é disciplinada por vários esquemas normativos, propostos para as diversas possibilidades de processos, e que devem tomar o nome de procedimento, entendido como o “módulo legal do fenômeno em abstrato” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 103-104).

objetivo final [...]”³⁷¹. O objetivo final do módulo autocompositivo é distinto do objetivo dos módulos que se seguirão, caso não seja obtido o acordo.

Note-se que a sequência de atos, normas e posições subjetivas se opera de forma “agregada”, e não “combinada”. Esta se dá, por exemplo, na formação de um contrato, de um ato complexo ou de um ato composto, nos quais a fusão dos atos dá ensejo ao nascimento de um novo ato, como, *v.g.*, ocorre no esquema de formação de um contrato, em que se verifica que a sucessão das manifestações de vontade do vendedor e do comprador (regidas por normas distintas) dá nascimento ao contrato de compra e venda (regida por outra norma). Por outro lado, a agregação se trata de um sequenciamento de atos, normas e posições subjetivas em que há uma relação de dependência lógica, mas não há a fusão³⁷².

A distinção ganha maior relevância quando se analisa a autocomposição, pois resta claro que o procedimento autocompositivo (atos agregados) se apresenta como uma sequência de atos, normas e posições subjetivas que podem resultar em um acordo (ato combinado). Assim, não há que se confundir o procedimento através do qual os sujeitos interagem com o produto da conjugação das vontades, obtido ao final do *iter* procedimental.

A situação é diversa na heterocomposição, pois, nessa, o ato final objetivado pela sequência de atos agregados não é um ato combinado, e, sim, um ato unilateral outorgado.

Os módulos processuais, ao se operarem em contraditório, podem ser identificados a partir do conteúdo da sequência de atividades do processo, em razão de temas ou pelo modo de desenvolvimento do contraditório. Assim, é possível se falar em módulos cognitivos e executivos. Também se pode falar em módulos postulatórios, instrutórios e decisórios (ou expropriatórios)³⁷³.

³⁷¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 50.

³⁷² FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto procesuale**. 8ª ed. Pádua: CE DAM, 1996. p. 59-60.

³⁷³ *“Individuati così i processi (nei vari settori: nella giurisdizione, nella volontaria giurisdizione, etc.), ciascun processo, o gruppo di essi, si riconosce anche per il contenuto della sequenza di attività in cui consiste. Fermo che tale sequenza è volta a verificare e/o a porre in essere, nell’contraddittorio degli interessati, gli specifici presupposti dell’atto finale con il quale è destinata a concludersi, ciò val dire che ogni processo è contraddistinto precipuamente dai temi e dal modo di svolgimento dell’contraddittorio: è appena il caso richiamare gli accenni dell’precedente paragrafo intorno alla varietà di quei temi e modi in differenti processi. Da ripetere quanto già rilevato in ordine all’iter procedimentale: anche nel processo possono conglinarsi più fasi, facenti capo, ciascuna, ad un provvedimento (si pensi alla fase del processo giurisdizionale di cognição che si conclude con una sentenza non definitiva; alla fase di “primo grado” dello stesso processo alla quale segue quella di “secondo grado” alle fasi del processo giurisdizionale di espropriazione che sfociano nella “vendita forzata” dei beni del debitore e, poi, nella*

Portanto, como os atos objetivados na autocomposição e na heterocomposição são distintos, visualiza-se o surgimento, no CPC/2015, de um módulo procedimental autocompositivo, no interior do procedimento cognitivo, que não se amolda a nenhuma das fases até então reconhecidas do procedimento comum (postulatória, instrutória e decisória) ou a alguns procedimentos especiais que seguem a mesma lógica, como os procedimentos das ações de família e das possessórias coletivas.

Tais considerações se mostram importantes para compreender que “módulo” não é expressão sinônima de “microsistema”.

A microssistematização é fenômeno que surgiu a partir do processo de descodificação e representou uma mudança do papel das codificações. Originalmente, essas tinham a pretensão de completude. Todavia, em segundo momento, cederam espaço para leis esparsas voltadas a reequilibrar o quadro social e econômico. Em um terceiro momento, os códigos passaram a conviver com matérias que foram integralmente subtraídas de suas regulamentações. Por último, as codificações passaram a exercer diálogo com os microsistemas, através dos princípios e das cláusulas abertas. Nessa última fase, a codificação passa a exercer um papel participativo, no qual mantém uma relação de coordenação com os microsistemas³⁷⁴.

Assim, é possível se verificar a existência de microsistemas sem módulos processuais, como ocorre, por exemplo, no Estatuto do Idoso. Este cria um microsistema a partir da coordenação de normas de direito material civil e penal, processual e administrativo. Todavia, não há a criação de um módulo processual representado através da incidência sequencial de atos, normas e posições subjetivas. Tal diploma apenas estabelece técnicas especiais – v.g., a prioridade de tramitação prevista no art. 71 –, para assegurar os seus fins, sem, contudo, modificar o módulo processual previsto no Código de Processo Civil.

Também é possível que haja módulo sem microsistema, tal qual ocorre no módulo executivo, em que há uma sequência de atos direcionados a uma atividade

*distribuzione del ricavato), oppure contraddistinta, ciascuna, dalle attività che la compongono (così, la fase istruttoria in cui si raccolgono gli elementi per la ricognizione dei presupposti della sentenza, e la fase decisoria). L'unità fra tali fasi – dunque, l'unus et semper idem processus – rimane assicurata dal risultato cui esse cospirano.” (FAZZALARI. **Instutuzioni di diritto procesuale**. 1996. pg. 90)*

³⁷⁴ MAZZEI. O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. 2011. p. 259-268.

satisfativa, mas no qual, a princípio, não se vislumbra relação de diálogo entre o Código de Processo Civil e outros diplomas legais.

Outrossim, mostra-se possível que haja, simultaneamente, módulo e microssistema, como ocorre, *v.g.*, no Microssistema dos Juizados Especiais, em que há a criação de um módulo processual distinto do procedimento comum do Código de Processo Civil, e, simultaneamente, há uma relação de coordenação entre a Lei 9.009/95, a Lei 10.259/2001 e a Lei 12.153/2009, com aplicação subsidiária do CPC.

Da mesma forma, o microssistema de autocomposição possui, em seu interior, módulos de autocomposição. Todavia, tal microssistema não se exaure nos módulos, visto que a autocomposição se mostra possível em qualquer momento processual, além de existirem outras técnicas autocompositivas dispersas pelo Código – *ex.:* proposta de acordo contida na certidão do oficial de justiça.

Particularidade desse microssistema diz respeito à diferença que normalmente se verifica em outros microssistemas do nosso ordenamento, já que, em regra, os microssistemas se formam através da conjugação de leis extravagantes e/ou no bojo de estatutos, o que resulta na aplicação da legislação codificada apenas em caráter subsidiário.

Por outro lado, o microssistema de autocomposição apresenta uma lógica diversa, pois é composto, em parte, pela própria legislação codificada, a qual mantém comunicação com outras legislações através de seus princípios e cláusulas gerais.

O microssistema de autocomposição é fruto do acoplamento estrutural entre os sistemas de heterocomposição e autocomposição, operado, principalmente, pela parte selecionada do CPC/2015 (e não todo ele), a Lei de Mediação e a Resolução CNJ n.º 125/2010.

5.1. O MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS E SEUS SUBSISTEMAS

O Macrossistema de Tratamento Adequado de Conflitos admite qualquer técnica de tratamento de conflito voltada a assegurar o “acesso à justiça” compatível com o ordenamento jurídico – notadamente em consonância com a Constituição Federal.

Tal noção se mostra em harmonia com a ideia, anteriormente defendida, de um conceito contemporâneo de jurisdição, fundado na garantia de acesso à justiça³⁷⁵. Nesse sentido, tudo o que se encontrar no interior desse macrossistema apresentará natureza jurisdicional.

Por essa razão, esse macrossistema admite qualquer técnica voltada a conferir tratamento adequado ao conflito e que possua aptidão para alterar a sua dinâmica, especialmente na sua estabilização e no caminhar descendente e ascendente da escala do conflito³⁷⁶.

Além dos sistemas, subsistemas e microssistemas acima referidos, o macrossistema de tratamento adequado de conflitos admite a existência de variadas técnicas de tratamento de conflitos que não se enquadram perfeitamente em nenhum desses sistemas, *v.g.*, os métodos das Constelações Sistêmicas e da Atenção Plena (*Mindfulness*).

Mindfulness não é, originalmente, um mecanismo de tratamento de conflitos intersubjetivos. É, na verdade, um conjunto de técnicas de terapia cognitiva que associa a regulação da atenção com a meditação, com o escopo de desenvolver a capacidade de se estar plenamente presente, despertando-se para o que está acontecendo no mundo e dentro de si próprio, momento a momento, ocasionando uma redução do nível de agitação mental e melhora dos sentidos. O resultado é a obtenção de autoconsciência emocional e corporal, além de consciência do ambiente³⁷⁷.

Apesar de as técnicas da *Mindfulness* possuírem inspiração em antigas práticas budistas, encontraram emprego em uma variedade de campos, notadamente, nas áreas médica, esportiva, jornalística, pedagógica e corporativa. No campo jurídico, nos E.U.A., uma variedade de programas – com variadas extensões, intensidades e objetivos – foi ofertada a estudantes de direito de universidades³⁷⁸.

³⁷⁵ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016. p. 4. / PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação**: à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1.

³⁷⁶ MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict: a guide to engagement and intervention**. 2ª ed. Jossey-Bass, 2012.p. 86-87.

³⁷⁷ WILLIAMS, Mark; PENMAN, Danny. **Atenção Plena: Mindfulness**. Trad. Ivo Korytowski; Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p. 7-61.

³⁷⁸ RISKIN, Leonard L. *Mindfulness: Foundational Training for Dispute Resolution*. 54. **J. Legal Educ.** 79, 2004. p. 79-90.

Nas últimas décadas, a *Mindfulness* passou a ser associada às técnicas de negociação e mediação, visto que a “Atenção Plena” pode auxiliar negociadores e mediadores de variadas maneiras. Em relação aos envolvidos no conflito, possibilita acalmar a mente e despertar uma consciência que auxiliará na construção do *rapport* e na tomada de decisões estratégicas. No tocante aos mediadores, contribui para uma melhora do processo de mediação, uma vez que permite manter o foco em objetivos e assegurar uma consciência de momento, na qual se está presente consigo e com os outros, além de evitar que a conduta do mediador reflita negativamente na conduta dos participantes³⁷⁹.

Todavia, cumpre-se observar que a *Mindfulness* se apresenta como um conjunto de técnicas que podem alterar a dinâmica do conflito, dando suporte para a autocomposição, para a heterocomposição e para a autotutela.

Da mesma forma, as Constelações Sistêmicas se apresentam como uma modalidade de psicoterapia fenomenológica, desenvolvida a partir do labor de Bert Hellinger, o qual utiliza a designação “Constelações Familiares”, em razão de o emprego inicial desse conjunto de técnicas se dirigir ao tratamento de questões que envolvessem conflitos familiares.

Na terapia familiar sistêmica, trata-se de averiguar se no sistema familiar ampliado existe alguém que esteja emaranhado nos destinos de membros anteriores dessa família. Isso pode ser trazido à luz através do trabalho com constelações familiares. Trazendo-se à luz os emaranhamentos, a pessoa consegue se libertar mais facilmente deles.³⁸⁰

Sami Storch designa tal técnica como “Direito Sistêmico”³⁸¹. Todavia, acreditamos que a designação não se mostra adequada, pois tem aptidão para se confundir com “sistema jurídico”, o qual denota significado absolutamente distinto. Ademais, tais técnicas não possuem origem no direito, mas apenas operam em seu interior em razão da abertura cognitiva do sistema jurídico.

³⁷⁹ RISKIN. *Mindfulness: Foundational Training for Dispute Resolution*. 2004. p. 79-90.

³⁸⁰ HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. Trad. Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007. p.11

³⁸¹ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: A Resolução de Conflitos por Meio da Abordagem Sistêmica Fenomenológica das Constelações Familiares. **Entre aspas**: revista da Unicorp. ano.1, n.1, Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, p. 305-316, 2011.

A preferência pela nomenclatura “Constelações Sistêmicas”³⁸² se dá em razão de ela preservar a essência da nomenclatura original, da qual se distingue apenas em razão do corte metodológico, bem como por preservar o caráter interdisciplinar do conjunto de técnicas.

A opção se deve, como bem assevera Sami Storch, em razão da possível aplicação da técnica não apenas nas varas de família, mas também em outras áreas, em especial em questões relativas à sucessão, infância e juventude e criminal³⁸³.

De fato, pode-se observar um crescimento da utilização das Constelações Sistêmicas, notadamente a familiar, pelo Poder Judiciário brasileiro, haja vista que, em abril de 2018, já era possível constatar a existência de 17 projetos, em 16 tribunais estaduais e no TJDFT.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça³⁸⁴

Uma grande virtude que se tem observado desse método de tratamento de conflito diz respeito à baixa taxa de rejudicialização da questão conflituosa. No Núcleo Bandeirantes do TJDFT, o Projeto Constelar e Conciliar obteve a taxa de apenas 5% de rejudicialização, após a decisão de primeira instância. Ademais, trata-se de método que pode contar com a participação de apenas um, ou de todos os litigantes; nesta

³⁸² VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no Judiciário**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

³⁸³ STORCH. *Direito Sistêmico: A Resolução de Conflitos por Meio da Abordagem Sistêmica Fenomenológica das Constelações Familiares*. 2011, p. 305-316.

³⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df>>. Acesso em: 21/02/2019.

última hipótese, verificou-se uma taxa de acordo posterior de 100%, em alguns meses³⁸⁵.

Desse modo, apesar de ser usualmente utilizada como método de estímulo à autocomposição, também pode trazer benefícios à contenção da litigiosidade, oportunizando o descender da escala do conflito. Nesse sentido, tal método não se enquadra em nenhum dos sistemas (autotutela, heterocomposição e autocomposição) inseridos no macrossistema de tratamento adequado de conflitos, visto que não tem vinculação com a imposição, substituição ou composição das vontades dos participantes em relação ao conflito manifestado perante a justiça.

Nessa toada, partindo da vontade manifestada, a doutrina indica, ordinariamente, três métodos básicos de tratamento de conflitos, quais sejam: (1) a autotutela; (2) a autocomposição; e (3) a heterocomposição³⁸⁶. Cada um desses métodos compõe um sistema próprio, porque, além de cada um deles possuir um código próprio – fundados, respectivamente, na vontade imposta, conjugada ou substituída –, funcionam eles através de operações próprias, orientadas por um conjunto de princípios que lhes conferem unidade.

Todavia, impende se observar que o conteúdo do macrossistema de tratamento adequado de conflito não é estanque, e, sim, dinâmico, visto que vários métodos e sistemas podem se relacionar, dando origem a novos sistemas criados pelas próprias partes interessadas, o que se convencionou chamar de “Design de Sistemas de Disputas – DSD”. Tal metodologia de trabalho permite o surgimento de sistemas especificamente criados para tratar um determinado tipo de conflito, possibilitando a observância das peculiaridades do caso concreto.

A customização do sistema permite que as necessidades únicas de cada caso concreto sejam atendidas com eficiência e evita gastos de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Ao mesmo tempo, permite a maior participação das partes interessadas e afetadas para o alcance de seus objetivos, o que gera satisfação com os resultados.³⁸⁷

³⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A busca pela paz com a constelação familiar no Tribunal do DF**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=86927:a-busca-pela-paz-com-a-constelacao-familiar-no-tribunal-do-df&catid=813:cnj&Itemid=4640&acm=20488_10795> Acesso em: 21/02/2019.

³⁸⁶ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015. p. 18-74.

³⁸⁷ FALECK, Diego. **Introdução ao Design de Sistemas de Disputas**: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 23, p. 7-32, 2009.

Diego Faleck defende que a tarefa de desenhar sistemas de resolução de disputas se procede em etapas, as quais se dividem em: (1) iniciativa, (2) diagnóstico da atuação conflituosa, (3) definições acerca de objetivos variáveis intrínsecos do sistema, (4) construção do sistema e (5) implementação e avaliação³⁸⁸. Nesse sentido, resta clara a inspiração dessa estruturação nas lições de Nancy Rogers, Robert Bordone, Frank Sander e Graig McEwen, os quais, de forma diversa, aglutinam as fases (2) e (3) em uma única fase, como se pode perceber a partir do quadro abaixo.

Designing Steps

1. Design initiative
2. Basic planning steps
 - Assessing stake holders, their goals and interests, and contexts
 - Creating processes and systems
3. Key planning issues (that may arise throughout the planning)
 - Planning how to select, engage, and prepare intervenor and parties
 - Determining the extent of confidentiality and openness in the process
 - Dealing with desires for change, justice, accountability, understanding, safety, reconciliation
 - Enhancing relationships
 - Incorporating technology
4. Implementing and institutionalizing the system or process
 - Implementing
 - Using Contracts
 - Using Law
 - Evaluating, revising

Fonte: ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E.A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Process for Managing Disputes*. New York: Aspen Publishers. 2013. p.8.

A inspiração do Design de Sistemas de Disputas, segundo Nadia Araújo e Olivia Fürst, tem sua origem em experiências internacionais, em especial no *September 11th Compensation Found* – plano de reparação aos familiares das vítimas dos ataques às Torres Gêmeas, ocorridos em 11 de setembro de 2001³⁸⁹.

No Brasil, a Câmara de Indenização 3054, criada para implementar um meio de indenizar as vítimas do acidente da TAM ocorrido no ano de 2007, apresenta-se como o primeiro caso brasileiro em matéria de adoção de Design de Sistemas de Disputas, a qual foi montada com exclusividade para atender às especificidades do caso

³⁸⁸ FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas:** criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 3.

³⁸⁹ ARAUJO, Nadia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o Programa de Indenização do Voo 447. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 23, n. 91, jan./fev., 2014, p. 337-349.

concreto, envolvendo técnicas de negociação, mediação e arbitragem, em diversas fases do procedimento³⁹⁰.

Contudo, o caso mais emblemático ocorrido no Brasil diz respeito ao Programa de Indenização Mediada (PIM), executado pela Fundação Renova, em decorrência do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG), em 05 novembro de 2015, o qual representou o maior desastre ambiental da história, relativamente a barragens de rejeitos de mineração no mundo³⁹¹.

Tal hecatombe destruiu os Municípios de Mariana, Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo e deixou 19 mortos, além de amplo dano ambiental, que impactou – das mais variadas formas – milhares de pessoas³⁹².

Em razão dessa catástrofe, em meados de 2016, foi firmado um Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta entre a União, o Estado de Minas Gerais, o Estado do Espírito Santo, órgãos ambientais, a Samarco, a Vale e a BHP, com o objetivo de promover a reparação dos danos decorrentes do rompimento da barragem³⁹³.

Note-se que o TTAC não foi assinado por nenhum Ministério Público ou Defensoria Pública, os quais – em conjunto com setores acadêmicos, movimentos sociais e organizações da sociedade civil – teceram severas críticas a tal instrumento, principalmente pela ausência de diálogo e participação popular na elaboração de seus termos, o que resultou, inclusive, no ajuizamento de ação pelo Ministério Público Federal com o objetivo de desconstituir a homologação do “acordão” (nome conferido à época ao TTAC), o que, de fato, ocorreu por decisão do TRF da 1ª Região. Mesmo assim, o Programa de Indenização Mediada – PIM – iniciou o seu trabalho a partir de duas fases: a primeira, afeta ao dano moral decorrente de desabastecimento de água; a segunda, relacionada a outros danos³⁹⁴.

³⁹⁰ ARAUJO; FÜRST. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o Programa de Indenização do Voo 447. 2014, p. 337-349.

³⁹¹ BOWKER ASSOCIATES. **Samarco dam failure largest by far in recorded history**. 2015. Disponível em: <<https://lindsaynewlandbowker.wordpress.com/2015/12/12/samarco-dam-failure-largest-by-far-in-recorded-history/>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

³⁹² SILVA, Jarbas Vieira; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana (Org.). **Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição**. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2016. p. 23-38.

³⁹³ Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

³⁹⁴ CAMPOS, Rafael Mello Portella; SOBRAL, Mariana Andrade. O acordo sai caro, muito caro!: percepções iniciais da Defensoria Pública acerca dos processos indenizatórios da Bacia do Rio Doce. In: LOSEKAN, Cristina; MAYORGA, Claudia (Org.). **Desastre na bacia do Rio Doce: desafios para a universidade e para instituições estatais**. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2018. p. 149-171.

Em razão da persistência de diversos problemas, o MPF, o MPT, o MP/MG, o MP/ES, a DPU, a DP/MG e a DP/ES assinaram a Recomendação Conjunta n.º 10, de 26 de março de 2018³⁹⁵, a qual apontava 39 pontos a serem corrigidos pela Fundação Renova, divididos nos seguintes eixos: “1) do direito de acesso à informação; 2) dos levantamentos e cadastramentos dos atingidos; 3) do auxílio financeiro emergencial; 4) do programa de indenização mediada e demais políticas indenizatórias; e 5) da assistência jurídica gratuita”³⁹⁶.

Em 25 de junho de 2018, foi celebrado novo Termo de Ajustamento de Conduta, conhecido como TAC Governança³⁹⁷, desta vez com a participação dos ministérios públicos e defensorias públicas, objetivando a criação de instâncias para a participação popular nas estruturas de tomada de decisão dos programas reparatórios e compensatórios.

Ainda é prematuro para um diagnóstico final acerca do Programa de Indenização Mediada, mas os sucessivos confrontos judiciais por questões afetas à legitimação, informação e transparência, travados pelos ministérios públicos e defensorias públicas em contraposição à Fundação Renova, à Samarco, à Vale e à BHP, não demonstram um horizonte animador, notadamente diante da ocorrência de novo desastre na Barragem de Brumadinho (MG), no dia 25 de janeiro de 2019.

Antes de encerrar o presente capítulo, cumpre se justificar a razão pela qual foi atribuída ao macrossistema ora estudado a nomenclatura de “tratamento adequado de conflitos”, diante da variedade de expressões encontradas na doutrina, dentre as quais podemos destacar: *Alternative Dispute Resolution* (ADR)³⁹⁸; Resolução Alternativa de Disputas (RAD)³⁹⁹; Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs)⁴⁰⁰; Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos ou Controvérsias

³⁹⁵ Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-conjunta-mpf-fundacao-renova/view>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

³⁹⁶ CAMPOS; SOBRAL. O acordo sai caro, muito caro!: percepções iniciais da Defensoria Pública acerca dos processos indenizatórios da Bacia do Rio Doce. 2018. p. 149-171.

³⁹⁷ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/tac-governanca/view>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. vol. 74, Abr.-Jun., 1994, p. 82-97/ ANDREWS, Neil. *Arbitration and mediation in England*. **Revista de Processo**. vol. 175, Set., 2009, p. 107-129.

³⁹⁹ BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 129./ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 59

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. 1994, p. 82-97. / GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução consensual de Conflitos e o Processo Civil**. São Paulo: Atlas. 2015. p. 15.

(MESCs)⁴⁰¹; Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos⁴⁰²; e Equivalentes Jurisdicionais⁴⁰³. A variedade de expressões se justifica pela permanente evolução, no tempo e no espaço, que os elementos que integram os conceitos acima sofreram.

No Brasil, Mazzei e Chagas defendem que a expressão mais consentânea com o atual estágio de desenvolvimento do estudo da disciplina seria “tratamento adequado de conflitos”. Para os autores, ela:

“[...] Além de contemplar os diversos mecanismos – arbitragem, mediação, conciliação, negociação – considerando suas peculiaridades, não incorre no equívoco de tentar extirpar o conflito, e também permite visualizar a conjugação dessas ferramentas”.⁴⁰⁴

Assim, a utilização dos termos “solução” ou “resolução” de conflitos também padece de evidente impropriedade, a qual merece ser melhor explicada. Tais expressões não se adequam de forma harmoniosa, *v.g.*, com a mediação, visto que essa não se apresenta como uma manifestação única de tratamento de conflito.

Atualmente, verifica-se uma variedade de escolas de mediação, cada uma delas mais afeta a um tipo de conflito ou de instituição. A título de exemplo, a mediação no âmbito judicial apresenta uma conformação e objetivos substancialmente distintos em relação a uma mediação comunitária. Em que pese tais modalidades de mediação possuam pontos de contato, é verossímil a existência de diferenças essenciais no tocante aos recursos físicos, financeiros e humanos que impõem uma adaptabilidade à realidade de cada uma.

Sales e Rabelo sintetizam as principais escolas de mediação citadas pela doutrina nos seguintes termos:

⁴⁰¹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESCs: Meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Barueri: Manole, 2016.

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. (Org.). **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-22.

⁴⁰³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 253-281.

⁴⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Métodos ou Tratamento Adequado de Conflitos?. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata C. Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna Figueiredo. (Org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. vol. 1. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 113-128.

Os autores nem sempre coincidem na maneira de catalogar os modelos práticos de mediação. As três escolas mais citadas são a Escola Tradicional – Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular-Narrativa (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 22-24). A Escola tradicional – Harvard, desenvolvida por Fisher, Uri e Patton em 1991 e proveniente do campo empresarial, centra-se na satisfação individual das partes e visa à obtenção de um acordo. Esse modelo separa as pessoas do problema; enfoca os interesses e não as posições; cria opções para benefício mútuo e insiste nos critérios objetivos. Nesse modelo o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito. A Escola Transformativa, desenvolvida por Bush e Folger, busca a transformação das pessoas no sentido do crescimento da revalorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro, e, portanto, o acordo é visto como uma possibilidade e não como uma finalidade própria do processo mediativo. O foco dessa escola se concentra nas transformações de caráter e nas formas de relacionamento. E a Escola Circular-narrativa, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Suares, construiu um modelo de mediação voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgatam a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Nesse método, procura-se desconstruir velhas narrativas, dando oportunidade para que novas sejam construídas e então surja (ou não) o acordo. Por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, e o importante é melhorar as relações interpessoais. Apoiar-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social.⁴⁰⁵

Assim, considerando que, a depender do modelo adotado, o acordo se apresenta como um elemento acidental e não essencial, identifica-se uma evidente impropriedade das expressões “solução” e “resolução” de conflitos.

Para Lederach, o conflito deve ser encarado como algo normal e contínuo nos relacionamentos humanos. A transformação do conflito requer foco não apenas na situação imediata, mas também nos padrões subjacentes de relacionamentos e no contexto no qual o conflito se expressa, bem como na estrutura conceitual que permite ligar os problemas imediatos com os padrões de relacionamentos subjacentes. Trata-se da investigação além do episódio do conflito, para descortinar o seu epicentro⁴⁰⁶.

A partir da compreensão de que as expressões “resolução do conflito” e “transformação do conflito” aludem a resultados que podem ou não ser buscados, a depender da escola a ser adotada, reconhece-se que tais expressões não possuem aptidão para se qualificarem como gênero dos mecanismos de tratamento de conflitos.

Ademais, a utilização do termo “alternativo” seria indevida, pois esse passaria a ideia de que a jurisdição estatal seria uma via principal, ao passo que os demais

⁴⁰⁵ SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos:** Instrumentos de democracia. Revista de Informação Legislativa Brasília. a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

⁴⁰⁶ LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 16-46.

mecanismos seriam vias secundárias, o que, por óbvio, não pode ser admitido⁴⁰⁷. O vocábulo “extrajudiciais” também não seria recomendável, porquanto o CPC/2015 e a Lei de Mediação tratam da mediação e da conciliação nos âmbitos judicial e extrajudicial. A referência a “consensuais”, por sua vez, mostra-se insuficiente, haja vista que não contempla a arbitragem – que é método heterocompositivo.

A expressão “equivalentes jurisdicionais” também deve ser evitada, pois não se mostra em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso, porque, a partir do sistema jurídico italiano, Carnelutti defendia que os equivalentes jurisdicionais – tais como a transação e as sentenças estrangeiras – poderiam servir aos mesmos fins que a jurisdição; contudo, essa se revestiria de interesse público na composição dos litígios⁴⁰⁸. Note-se que Carnelutti excluía a arbitragem desse conceito.

Sem embargo, a arbitragem já nos situa, em minha opinião, sobre o terreno processual e, por isso, considero que, diferentemente da transação e do próprio processo estrangeiro, não deve ser incluída entre os equivalentes processuais. A razão consiste em que, diferentemente do processo estrangeiro, o processo arbitral se encontra regulamentado por nosso ordenamento jurídico não apenas quanto à verificação dos requisitos da sentença arbitral e de seus pressupostos, como também, e, antes de tudo, pelo que concerne à ingerência do Estado no desenvolvimento do próprio processo.⁴⁰⁹

Portanto, a adoção da expressão “equivalentes jurisdicionais” não se mostraria adequada, visto que, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, verificou-se uma aproximação entre o público e o privado, bem como por o CPC/2015 ter incorporado a autocomposição ao seu procedimento, inclusive, estabelecendo módulos próprios voltados à tentativa de obtenção da solução consensual.

Por tal razão, a melhor nomenclatura a ser utilizada é “Tratamentos Adequados de Conflitos”, pois não apresenta contradição com nenhuma das espécies de mecanismos que integram todo o conjunto, tal qual enunciado pela Resolução CNJ n.º 125/2010.

⁴⁰⁷ “For all of the above reasons, the current theoretical and practical technology of ADR approaches to legal problems would be better described as “appropriate” dispute resolution, rather than “alternative” dispute resolution, as we refer to it now. Matching different techniques with different goals can help to assess what process is most appropriate for accomplishing the outcome that is best suited to the particular kind of problem.” (MENKEL-MEADOW, Carrie. *When litigation is not the only way*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 43. Out.-Dez., 2014, p. 347-368.)

⁴⁰⁸ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*. 2004. p. 253-254.

⁴⁰⁹ CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*. 2004. p. 281.

5.1.1. O sistema de autotutela

O Sistema da Autotutela mantém a sua unidade através de um princípio, doutrinariamente reconhecido, segundo o qual o uso da força deve ser, excepcionalmente, admitido como reação contra condutas ilícitas.

[...] Nas ordens jurídicas primitivas a reação da sanção à situação de fato que constitui o ilícito está completamente descentralizada. É deixada aos indivíduos cujos interesses foram lesados pelo ato ilícito. Estes têm poder para determinar, num caso concreto, a verificação do tipo legal do ilícito fixado por via geral pela ordem jurídica e para executar a sanção pela mesma determinada. Domina o princípio de autodefesa. Com o decorrer da evolução, esta reação da sanção ao fato ilícito é centralizada em grau cada vez maior, na medida em que tanto a verificação do fato ilícito como a execução da sanção são reservadas a órgãos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho: aos tribunais e às autoridades executivas. O princípio da autodefesa é limitado o mais possível. Mas não pode ser completamente excluído. [...]⁴¹⁰

A autotutela é admitida em caráter excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, visto que consiste na imposição da vontade de uma das partes em detrimento da outra, através do uso da força moral (*vis relativa*) ou física (*vis absoluta*).

A referência à força e não à violência justifica-se, pois tais conceitos não se confundem. Tanto a força quanto a violência são recursos de poder, mas se distinguem em razão de a violência aparecer quando o poder é exercido de forma irregular ou ilegítima.

De qualquer maneira, a violência deve ser distinguida da força. O soberano hobessiano, que assegura por sua arbitragem a paz entre os membros do corpo político, é forte, mas não violento. O uso da força, isto é, a aplicação de sanções efetivas dos delinquentes, e especialmente aos violentos, é a última proteção contra a violência, contra a exploração do fraco e desprezo da lei comum. Segundo a escola marxista, sobretudo em sua variante leninista, a ditadura do proletariado é certamente um exercício de força. Mas o terror exercido pelo partido não é uma violência, já que tem como objeto o fim da exploração e a instauração de uma ordem legítima em que as necessidades de todos os homens serão enfim satisfeitas. [...] Uma sociedade reduzida à violência é, no limite, uma contradição nos termos: é uma “não-sociedade”. Entretanto toda a sociedade é violenta na medida que a força nem sempre é objeto de exercício regular e legítimo. [...]⁴¹¹

⁴¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 27-28.

⁴¹¹ BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. São Paulo: Ática, 1993. p. 606 e 610.

Assim, a autotutela se manifesta no ordenamento jurídico brasileiro como modalidade de exercer regular e legitimamente o poder de impor, por si mesmo, a sua vontade, razão pela qual é prevista em caráter excepcional, exemplificativamente, nas seguintes hipóteses: o direito de greve (CRFB, art. 9º), o direito de retenção (CC, 571, parágrafo único, 578, 664, 681, 740, §3º, 742, 1.219, 1.507, §2º), o desforço necessário (CC, art. 1.210, §1º), o penhor legal (CC, arts. 1.467 a 1.472), o corte de ramos e raízes que invadam terreno alheio (CC, 1.283), o estado de necessidade e a legítima defesa (CP, arts. 24 e 25), autoexecutoriedade dos atos administrativos, prisão em flagrante (CPP, 301 a 310).

A excepcionalidade de tais regras se mostra tão patente que a lei considera crime o exercício abusivo de poder praticado por autoridade, no exercício de suas funções, tipificado na Lei n.º 4.898/65⁴¹², bem como o exercício arbitrário das próprias razões, tipificado no art. 345 do Código Penal: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁴¹³ faz alusão a diversas nomenclaturas impropriamente utilizadas pela doutrina para designar o fenômeno da autotutela, dentre os quais cumpre destacar: defesa privada (Carnelutti e Calamandrei⁴¹⁴), autojustiça (Goldschmidt), autoajuda (Radbruch e Wenger).

Assim, defesa privada não se mostraria como uma designação adequada, visto que há hipóteses em que o próprio poder público possui – atendidos determinados requisitos – a prerrogativa de autoexecutar diretamente a sua vontade, independentemente de recorrer ao Poder Judiciário, inclusive, com o uso moderado da força.

Conforme mencionamos no estudo do poder de polícia, a doutrina distingue a executoriedade (*privilège d'action d'office*, executoriedade propriamente dita ou direta) e a exigibilidade (*privilège du préalable* ou executoriedade indireta). Na primeira hipótese (executoriedade direta), o agente público pode utilizar de meios diretos de coerção (força) para implementar a vontade estatal, tal como ocorre nos exemplos mencionados anteriormente (demolição de obras clandestinas etc.). Por outro lado, na exigibilidade, o agente público utiliza-se de meios indiretos de coerção para compelir o

⁴¹² É dominante na doutrina o entendimento de que a Lei n. 4.898/65 revogou o art. 350 do Código Penal, o qual previa o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder (DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 720)

⁴¹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: UNAM, 2000. p. 25 e 49.

⁴¹⁴ Tal autor trata autodefesa e defesa privada como expressões sinônimas (CALAMANDREI, Pietro. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 189)

administrado a praticar determinada conduta (ex: previsão de multa na hipótese de descumprimento da vontade estatal).⁴¹⁵

Autojustiça também não se mostra a melhor nomenclatura, visto que justiça e a tutela do direito pelo próprio indivíduo, nem sempre andam juntas. A título de exemplo, basta imaginar o cancelamento de contrato de transporte. Nos termos do §3º do art. 740 cumulado com o art. 742, ambos do Código Civil, em caso de cancelamento do contrato de transporte pelo passageiro é assegurado o direito de retenção pelo transportador de 5% do valor da passagem paga por aquele, podendo, ainda, se necessário, reter as bagagens desse para garantir o adimplemento. Ora, é notório que quando o valor da bagagem supere em muito o valor a ser retido pelo transportador, diante da absoluta falta de simetria entre a obrigação e garantia da responsabilidade, não há que se falar em justiça, compreendida em seu sentido de igualdade e proporcionalidade⁴¹⁶.

Autoajuda também se apresenta como uma nomenclatura que deve ser evitada, pois, a partícula “ajuda” além de não se coadunar com a ideia de tutela ou defesa, traz uma acepção de ajudar a si mesmo, não abarcando, *v.g.*, a legítima defesa de terceiros. Por essa mesma razão, a partícula “auto” deve ser interpretada como “por si mesmo” e não “a si mesmo”, afastando-se de noção de defesa pessoal⁴¹⁷.

A legítima defesa de terceiros é espécie de autotutela – e não de heterocomposição –, porque a defesa do terceiro se dá por direito próprio do defensor de proteger bens jurídicos alheios, com fundamento na defesa da ordem jurídica⁴¹⁸ e na solidariedade humana⁴¹⁹, bem como por não haver substitutividade da vontade do terceiro, visto que a vontade do defensor deve ser conjugada com a vontade da vítima, sob pena de a conduta do agressor ser despida de tipicidade objetiva e do defensor ser considerada ilícita.

A distinção entre a natureza do dever jurídico (atipicidade por falta de antinormatividade) e das causas de justificação (exercício do direito a realizar a conduta típica) é aqui especialmente importante. Agentes policiais no

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 285

⁴¹⁶ MONTALVÃO, Bernardo. **Filosofia do Direito Descomplicada**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.99-100.

⁴¹⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. p. 47-49.

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, vol.1, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 488.

⁴¹⁹ MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

exercício de suas funções empreendem rotineiramente ações defensivas que lhes são impostas pela lei. O policial que dispara contra alguém que se encontrava prestes a matar outro cidadão não atua tipicamente: o cumprimento do dever jurídico que o obriga exclui a antinormatividade de sua conduta, donde deflui sua atipicidade objetiva conglobante. O cidadão comum tem o direito de defender terceiros, mas o policial tem o dever de fazê-lo – e a tal ponto que, se o não fizer, pode ser responsabilizado até mesmo criminalmente.

[...]

A referência, na lei brasileira, a “direito seu ou de outrem” (art. 25 do CP) deixa clara a amplitude dos bens jurídicos defensáveis entre nós. Convém observar que, na legítima defesa de terceiros, é indispensável que o titular do bem jurídico agredido tenha interesse em sua proteção: o consentimento do ofendido, ao excluir a tipicidade objetiva (sistemática ou conglobante), faz desaparecer a ilicitude da agressão, pressuposto indescartável da defesa legítima.⁴²⁰

Da mesma forma, na prisão em flagrante, o direito legitima a necessária defesa da coletividade ao cancelar a repulsa ao procedimento violador das normas de coexistência social⁴²¹. Nesse sentido, o art. 301 do Código de Processo Penal estabelece que: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, ou seja, enquanto as autoridades têm o dever, qualquer do povo – e não apenas a vítima – tem a faculdade de efetuar a prisão em flagrante.

Cumpra-se esclarecer que, apesar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se referir à autodefesa no título de sua obra (*Proceso, autocomposición y autodefensa*), o próprio autor afirma que a expressão “autotutela” é a que melhor traduz o fenômeno sob estudo e justifica a manutenção da nomenclatura autodefesa apenas para preservar o título da sua obra – naquele momento em sua segunda edição –, bem como para não confundir com a perspectiva civilista de autotutela, considerada como forma de uma pessoa designar o seu próprio tutor, em caso de incapacidade futura⁴²².

No presente trabalho, a nomenclatura “autotutela” será prestigiada por ser o termo mais utilizado pelos autores brasileiros⁴²³, bem como por inexistir no nosso ordenamento jurídico o inconveniente apontado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, relacionado à possibilidade de se confundir a expressão “autotutela” com a

⁴²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (Primeira Parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 116, Set.-Out., p. 39-76, 2015.

⁴²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol, 26º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 436

⁴²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 2000. p. 50.

⁴²³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 2002. p. 20-31./ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Civis**. 2015. p. 18-24/ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 2016. p. 166.

designação de pessoa incumbida de auxiliar em caso de futura incapacidade, por escolha do próprio incapaz, visto que os institutos adequados à tal finalidade, no Brasil, são a curatela (CC, arts. 1.774 a 1.783) e a tomada de decisão apoiada (CC, art. 1.783-A) e não a tutela – esta destinada a suprir a presença dos pais de filhos menores de idade em caso de óbito, ausência, perda ou suspensão do poder familiar (CC, arts. 1.728 a 1.766; ECRID, arts. 36 a 38).

Ademais, a moderna doutrina processual, tem se referido à “defesa” como o quarto elemento estrutural do direito processual⁴²⁴, razão pela qual a utilização desse termo poderia trazer inconvenientes, visto que a autotutela não se apresenta como fenômeno apenas endoprocessual. Outra confusão que se busca evitar diz respeito à possível confusão com a expressão “autodefesa” que, ao lado da “defesa técnica”, constituem espécies do gênero “defesa”⁴²⁵.

5.1.2. O sistema de heterocomposição

O sistema de heterocomposição se divide em dois subsistemas: processo arbitral e processo estatal. Este não será objeto de capítulo específico, pois todos os elementos que lhe são essenciais – e que importam ao presente trabalho – serão analisados de forma dispersa ao longo de todo o estudo.

5.1.2.1. O processo arbitral

O Sistema de Processo Arbitral apresenta princípios unificadores, dentre os quais calha destacar: 1) Autonomia privada; 2) Contraditório, ampla defesa e isonomia; 3) Autonomia da cláusula arbitral; 4) Imparcialidade e independência do árbitro; 4) Kompetenz-Kompetenz⁴²⁶.

Não é objeto do presente trabalho a análise dos princípios do processo arbitral. Todavia, cumpre se salientar que, apesar do paralelismo, que pode, eventualmente,

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 1. p. 347-349.

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 565.

⁴²⁶ TEODORO, Viviane Rosolia. Princípios da arbitragem: o princípio *competenz-competenz* e suas consequências. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 51, Out./Dez., 2016. p. 221-248.

ser verificado entre tais princípios e os princípios do processo judicial estatal, verifica-se a existência de uma distinção operativa.

A título de exemplo, cumpre se observar que o princípio da autonomia privada na arbitragem opera de maneira distinta do autorregramento da vontade do processo judicial.

A Lei de Arbitragem restringe o objeto da arbitragem a conflitos de direitos patrimoniais disponíveis e, simultaneamente, confere uma ampla liberdade de modelação do processo, ao autorizar que as partes delimitem as questões a serem decididas, a quantidade e identidade dos árbitros, o modo de desenvolvimento do procedimento e, até mesmo, as regras que serão utilizadas no julgamento, podendo ser convencionado o uso da equidade.

O CPC/2015 prevê expressamente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. Esta última hipótese põe termo à divergência existente sob a égide do código antecedente, visto que, pela ausência de dispositivo no CPC/1973 autorizando a celebração de convenções processuais atípicas, Cândido Rangel Dinamarco negava a possibilidade de celebração desse tipo de convenção, sob o argumento de que os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei e não da vontade⁴²⁷. Por outro lado, inspirado na doutrina alemã, de forma vanguardista, em 1982, Barbosa Moreira já defendia a admissibilidade de convenções processuais típicas e atípicas⁴²⁸.

Através da consagração de uma cláusula geral de negociação processual no art. 190, o CPC/2015 possibilitou aos sujeitos processuais a estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Ou seja, as convenções processuais dividem-se em: dispositivas (acordos sobre atos do procedimento) e obrigacionais (acordos sobre situações jurídicas processuais)⁴²⁹.

⁴²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v.2. p. 484

⁴²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. vol. 33. Jan./Mar., p. 182-191, 1984.

⁴²⁹ CABRAL. **Convenções Processuais**. 2016. p. 72-75.

Impende se observar que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies de negócios jurídicos processuais que têm por objeto o afastamento da jurisdição estatal⁴³⁰.

Todavia, a liberdade conferida aos pactuantes na cláusula compromissória e no compromisso arbitral se distingue daquela atribuída nos negócios processuais em geral que se operam no seio do processo judicial.

Em que pese exista posição em sentido contrário, não se deve admitir, em regra, a celebração de negócio jurídico processual para que o julgamento se proceda por equidade no processo judicial, por expressa reserva legal do parágrafo único do art. 140, o qual dispõe: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Tal dispositivo reproduz o comando inserto no art. 127 do CPC/1973, sobre o qual pairava divergência doutrinária. Enquanto José Carlos Barbosa Moreira sustentava a inadmissibilidade de celebração de convenção processual para afastar o direito positivo em prol de um julgamento por equidade, salvo nos casos expressamente autorizados em lei⁴³¹, Leonardo Greco defendia que, com o advento da Lei de Arbitragem – que passou a autorizar o convencionamento da arbitragem por equidade –, deveria passar a ser admitida essa possibilidade também no processo judicial, haja vista que não haveria motivo para que o juiz tivesse a possibilidade de executar uma sentença arbitral e, ao mesmo tempo, não pudesse proferir a decisão a ser executada⁴³².

⁴³⁰ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 668-669.

⁴³¹ “A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressa no Código Civil (arts. 82 e 145, II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito nos atos das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam. Aqui, por conseguinte, afigura-se desnecessário recorrer a distinção acima lembrada: seja como for, ninguém hesitará em repelir a admissibilidade de uma convenção pela qual as partes, exemplificativamente, ajustassem dispensar o juiz da observância do direito positivo e autorizá-lo a decidir por equidade, em caso não previsto em lei (cf. CPC, art. 127), ou acordassem em usar nos atos do processo língua estrangeira (cf. CPC, art. 156), ou ainda combinassem fazer recair a penhora em coisa situada em lugar inacessível.” (MOREIRA. Convenções das partes sobre matéria processual. 1984. p. 182-191.)

⁴³² “Parece-me que essa objeção do mestre não pode mais subsistir, a partir do advento da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), que em seu artigo 2º autorizou o convencionamento da arbitragem de equidade. Se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de equidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade. No Código italiano há previsão expressa dessa possibilidade no artigo 114, que permite o julgamento por equidade do mérito da causa que verse sobre direitos disponíveis, a pedido conjunto de ambas as partes.” (GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. Out./Dez., 2007. p. 7-28.)

Com a devida vênia a essa última posição, a reprodução do art. 127 do CPC/1973 no parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 impõe a vedação da celebração – quando não houver autorização legal expressa – de negócio jurídico processual que tenha por objeto o julgamento por equidade no processo judicial.

Nesse sentido, cumpre se observar que o parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 não pode ser lido separadamente de seu *caput*, o qual sofreu mudança redacional em relação ao seu correspondente art. 126 do CPC/1973. Enquanto esse estabelecia que o juiz não se eximiria de julgar alegando lacuna ou obscuridade “na lei”, aquele substituiu tal expressão “por ordenamento jurídico”, para determinar que: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Desse modo, resta clara a intenção do legislador de submeter a decisão judicial por equidade à reserva legal, a qual se apresenta como um dos limites reconhecidos à convencionalidade processual.

Um primeiro limite à convencionalidade são hipóteses em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual. Nestes espaços, a vontade das partes não lhes autoriza, por acordo, criar uma regra que pudesse derogar a norma legal.

Assim, por exemplo seria inválida convenção para criar recurso não previsto em lei, porque a previsão de tipos recursais deve estar prevista em regra legal. Também não seria possível alterar o cabimento dos recursos (ampliar o rol do art. 1.015 do CPC para as decisões interlocutórias agraváveis; ou afirmar que alguma daquelas decisões seria apelável).⁴³³

Tal orientação se mostra em harmonia com o princípio constitucional da legalidade, visto que o afastamento da regra de direito em favor da regra de equidade somente pode ser admitido quando, expressamente, autorizado por lei. Acerca, do tema cumpre trazer a colação a lição de Carlos Alberto Carmona, a partir da qual, verifica-se que a adoção da arbitragem por equidade pode importar em afastamento da regra de direito.

O alcance dessa autorização para julgar por equidade conduz, grosso modo, a três formas de atuação da função jurisdicional: (a) preencher lacunas no ordenamento (equidade formativa); (b) determinar as consequências não previstas na Lei (equidade supletiva); e (c) afastar a incidência da norma que

⁴³³ CABRAL. *Convenções Processuais*. 2016. p. 72-75.

normalmente disciplina a matéria, mas que é reputada injustiça em razão das circunstâncias do caso (equidade substitutiva).⁴³⁴

Ademais, não se pode ignorar que, ao convencionar sobre as regras de julgamento, as partes acabam por dispor acerca dos poderes do magistrado, o que não pode ser admitido, sem autorização legal. Como já fora dito anteriormente, a afetação dos poderes do juiz somente poderá ocorrer quando houver autorização legal expressa⁴³⁵.

Por tudo que foi exposto, pode-se verificar que há diferença operativa entre os sistemas de processo judicial e de processo arbitral que justificam a manutenção de ambos como subsistemas autônomos dentro do sistema de heterocomposição.

Saliente-se que a alocação de ambos os subsistemas dentro do sistema de heterocomposição se justifica em razão de eles se operarem através da substituição da vontade das partes envolvidas no conflito.

Acerca da natureza jurídica da arbitragem, a doutrina dividia-se em quatro correntes de pensamento: (a) privatista ou contratualista; (b) publicista ou processualista; (c) mista ou intermediária; e (d) autonomista.

A Teoria Privatista (ou Contratualista) se baseia na premissa de que a arbitragem tem natureza de justiça civil privada, na qual os atos volitivos das partes que conferem autoridade ao laudo arbitral não dependem de autorização ou regulação do Estado⁴³⁶. Tal corrente de pensamento nega o exercício de poderes jurisdicionais pelos árbitros, os quais são despidos de poderes coercitivos, bem como pelo fato de suas decisões

⁴³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Julgamento por equidade em arbitragem**. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 30. Jul./Set., 2011. p. 229-244.

⁴³⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentários ao art. 200 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 341.

⁴³⁶ “Ainda hoje, uma das mais destacadas manifestações de autonomia – entendida não como margem de liberdade concedida e regulada pelo Estado, mas como margem de liberdade concedida e regulada pelo Estado, mas como capacidade de determinar-se e organizar-se independentemente das suas leis – é aquela pela qual muitos grupos preveem, no seu seio, uma justiça arbitral que se desenvolve de fato (segundo regras de procedimento e de juízo peculiar pelo menos) e se afirma em virtude da própria autoridade do grupo, dos seus membros e do respeito a eles: respeito esse que, faltando ou existindo, é concretamente subestimado em relação aos resultados do ordenamento estatal. Além disso, sempre mais frequentemente, sujeitos não integrados em um grupo prescrevem a justiça da arbitragem e a ela se adaptam na esfera que é constituída – independentemente de seu reconhecimento perante um determinado ordenamento estatal – por mútuo consentimento e devido à autoridade moral do terceiro e seu carisma: em resumo, a mesma esfera na qual um civilista nosso vê um ordenamento jurídico, mas de num ponto de vista mais exato, se situa realmente é na esfera da manifestação da autonomia *pre* ou *a* estatal a que se faz menção” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 567-568)

– em muitas legislações – dependerem de homologação do Poder Judiciário local para gozarem de eficácia⁴³⁷.

A Teoria Publicista ou Processualista, por sua vez reconhece a natureza jurisdicional da arbitragem, a qual é concebida como um negócio jurídico processual⁴³⁸. Para essa teoria, a arbitragem não decorre da vontade das partes e sim da vontade do legislador, o qual outorga poderes ao juiz e ao árbitro para que ambos exerçam a função de resolver conflitos⁴³⁹.

A Teoria Intermediária ou Mista reúne elementos das teorias contratualistas e jurisdicionais, visto que para os adeptos dessa teoria a arbitragem tem sua origem no contrato e produz efeitos jurisdicionais⁴⁴⁰. Todavia, tal corrente de pensamento parte de uma visão dicotômica entre direito público e direito privado para sustentar a natureza mista⁴⁴¹.

Para a Teoria Autonomista, a arbitragem não se enquadra em qualquer categoria que não seja a própria arbitragem. Para essa corrente de pensamento, a arbitragem se constitui como categoria própria, não sendo contrato, nem jurisdição, nem um misto de ambos⁴⁴². Essa teoria apresenta especial relevância nos procedimentos de

⁴³⁷ BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 14, Jul.-Set., p. 48-51, 2007.

⁴³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 101.

⁴³⁹ BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, 2007. p. 48-51.

⁴⁴⁰ “Do ponto de vista mecânico, a transação e o compromisso são, na realidade, vizinhos, posto que ambos refletem a influência de um acordo entre as partes para a composição do litígio; mas assim neste terreno observa-se, como assinalaremos em seguida, uma notável diferença, por ser a transação um ato (negócio) bilateral (contrato) de Direito material, e o compromisso um ato complexo unilateral (acordo) de Direito Processual. Esta diferença se deve a que, enquanto com a transação as partes compõem por si o litígio, obrigando-se reciprocamente, e por isso a transação contém um mandato, que equivale à sentença, por meio do compromisso delegam a solução do conflito aos árbitros, pelo que o compromisso não contém mais do que uma atribuição de poder a estes últimos e uma subtração do mesmo aos juízes ordinários; e o mandato que resolve o litígio encontra-se na sentença dos árbitros, quer seja a única, quer unida ao provimento do juiz que sirva para conferir-lhe plena eficácia. Se existe, pois, um ponto de contato entre o compromisso e a transação, ele existe, da mesma forma, também entre a sentença do árbitro e a do juiz; e a única coisa que se pode afirmar com certeza é que a arbitragem representa a transição da solução contratual para a judicial do litígio. Com maior exatidão: a transição está representada realmente pela espécie híbrida de processo arbitral constituída pela arbitragem em forma de composição amigável.” (CARNELUTTI. **Sistema de direito Processual civil**. 2004. p. 280-281)

⁴⁴¹ BASILIO; FONTES. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. 2007. p. 48-51.

⁴⁴² BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. **A Teoria Autonomista da Arbitragem**. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 17, p. 49-53, São Paulo, Abr.-Jun., 2008.

arbitragem internacional, com feição transnacional, nos quais não há normas internas outorgando poderes jurisdicionais ao árbitro⁴⁴³.

A arbitragem no Brasil sofreu grande influência da Câmara de Comércio Internacional (CCI), criada em 1919, pós-Primeira Guerra Mundial, a qual manteve uma seção em território brasileiro com sede na Confederação Nacional do Comércio. A Lei n.º 9.307/96 teve boa parte de seus dispositivos inspirados no regulamento e funcionamento da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, criada em 1923⁴⁴⁴.

Ainda em sua versão original, a Lei n.º 9.307/1996 buscou conferir natureza jurisdicional à arbitragem ao estabelecer, em seus artigos 18 e 31, respectivamente, que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” e 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”.

De maneira harmônica, o CPC/2015 também optou pela corrente jurisdicional ao estabelecer, no §1º do art. 3º, que “É permitida a arbitragem, na forma da lei”, visto que o §1º não pode ser lido desacompanhado do *caput* do dispositivo, o qual consagra o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Ademais, o novo diploma realiza uma clara divisão de competência (art. 42)⁴⁴⁵, instituindo um verdadeiro sistema de cooperação jurisdicional entre juízo judicial e arbitral, através da carta arbitral (art. 69, §1º, 189, IV, 237, IV, 260, §3º)⁴⁴⁶, e

⁴⁴³ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: Arbitragem comercial internacional**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96-97

⁴⁴⁴ GALVÊAS, Ernane. A influência da Câmara de Comércio Internacional (CCI) sobre a moldagem da arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 55, Out.-Dez, p. 53-56, 2017.

⁴⁴⁵ Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

⁴⁴⁶ Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código./ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo./ Art. 237. Será expedida carta: V - 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./ Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz. § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

considerando a sentença arbitral um título executivo judicial (art. 515, VII)⁴⁴⁷, sujeita ao procedimento de cumprimento de sentença (art. 516, III)⁴⁴⁸. Tais dispositivos tem relevância, pois a correta leitura de tais normas impõe a compreensão de que os laudos arbitrais dispensam a homologação e podem ser diretamente executados pelo Poder Judiciário, uma vez que há uma divisão funcional de competência entre árbitro e juiz.

5.1.3. O sistema de autocomposição

A autocomposição, por sua vez, apresenta-se como uma forma de tratamento de conflitos que se opera através da prevalência da vontade dos litigantes, sem que haja a intervenção vinculativa e substitutiva da vontade de um terceiro.

Cumpra-se salientar que a autocomposição admite a intervenção de terceiros no procedimento. Todavia, a vontade desses terceiros não prevalece em detrimento da vontade das pessoas envolvidas no conflito.

Desse modo, a fim de se evitar qualquer equívoco interpretativo, cabe se afastar a nomenclatura utilizada por segmento minoritário da doutrina – abaixo destacado –, segundo o qual a mediação e a conciliação seriam formas de heterocomposição.

Contudo, parece-nos válida, do ponto de vista científico, a tipologia proposta no presente estudo (isto é, jurisdição, arbitragem, conciliação e, também, de certo modo, a mediação como modalidades de heterocomposição). É que a diferenciação essencial entre os métodos de solução de conflitos encontra-se, como visto, nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado. Na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução de conflito, conferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Isso significa que a sistemática de análise e solução da controvérsia deixa de ser exclusivamente gerida pelas partes, transferindo-se em alguma extensão para a entidade interveniente.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral;

⁴⁴⁸ Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

⁴⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14^a ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 1538.

Em que pese tal posicionamento busque uma visão sistemática operacional, com a devida vênia, parece que o efeito obtido foi exatamente o oposto. Isso, porque tal classificação, a partir do critério da intervenção de um terceiro, sem considerar a qualidade dessa intervenção, torna injustificada a distinção entre autocomposição e autotutela, dado que ambas seriam, em princípio, formas de busca da extinção do conflito pelas próprias partes. Pior: na mesma linha de raciocínio, a legítima defesa de terceiros deveria ser considerada como hipótese de heterocomposição.

Aqui, há um notório contrassenso na classificação, pois a vontade é considerada para admitir a autotutela como modalidade autônoma de tratamento de conflito – a qual se opera pela imposição da vontade de uma parte à outra –, e, simultaneamente, essa vontade é desconsiderada na distinção entre autocomposição e heterocomposição.

Outra possível dificuldade decorrente da desconsideração da qualidade da intervenção do terceiro – com poder decisório ou não – seria a de como classificar a advocacia colaborativa (ou resolução colaborativa, ou *collaborative law*).

O termo *collaborative law* representa, do ponto de vista estrutural, uma “mediação sem mediador”. O mecanismo pretende também suprir uma lacuna de meios de solução de conflitos e permitir uma alternativa de um procedimento pré-processual para a solução amistosa de conflitos sem a presidência ou ajuda de uma figura central.

A negociação direta ou resolução colaborativa desponta como uma forma comum de solução de disputas, sendo realizada de modo informal entre os próprios interessados ou envolvidos ou entre seus advogados ou representantes.

A resolução colaborativa de conflitos ou *collaborative law* funciona com o que se convencionou chamar de “*four-way settlement meetings*”, contando com a presença de advogados e mandantes de parte a parte. Os advogados comprometem-se, caso se verifique o fracasso do procedimento, a renunciar ao mandato e não representar as partes judicialmente. Em outras palavras, os advogados têm como função apenas negociar e obter a autocomposição. Não havendo consenso e sendo o caso de judicializar a questão, eles não podem atuar no processo judicial.⁴⁵⁰

Pelo exposto, ignorar a qualidade da intervenção, nesse caso, poderia levar à equivocada conclusão de que a advocacia colaborativa seria modalidade de heterocomposição, pois há, de fato, a intervenção de terceiros na negociação, os quais, a depender do caso concreto, podem deter poder de decisão. Ocorre que esse

⁴⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*Collaborative Law*): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Justiça multipostas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 716-717.

poder de decisão não é próprio ao terceiro; a vontade manifestada é da própria parte envolvida no conflito, a qual é exarada por meio de um terceiro.

Assim, a consideração da negociação (direta ou com auxílio de terceiros), da conciliação e da mediação como espécies de autocomposição se mostra muito mais adequada a uma visão sistêmica e operativa, pois o critério da vontade – imposta, conjugada ou substituída – permite, por si só, a distinção dos métodos.

Saliente-se que não se trata de mera alocação classificatória dos tratamentos de conflitos despida de qualquer propósito, mas de divisão que repercute diretamente no regime jurídico aplicável.

Outra questão que deve ser abordada diz respeito à variedade de classificações encontradas na doutrina que tentam sistematizar as modalidades de autocomposição. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, na clássica obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, atribui a Francesco Carnelutti a terminologia “autocomposição” e defende que essa se manifesta através de três modalidades:

Dijimos en el número 1 de la lección 1ª, que el término autocomposicion se debe a Carnelutti, de quien proviene asimismo el epígrafe equivalentes jurisdiccionales, dentro del cual incluye las tres especies (renuncia, allanamiento y transacción) que de aquélla acepta⁴⁵¹.

No mesmo sentido, Carreira Alvim⁴⁵² e Daniel de Amorim de Assunção Neves⁴⁵³ afirmam que as hipóteses autocompositivas se dividem em: “a) renúncia ou desistência; b) submissão ou reconhecimento; e c) transação”.

Fredie Didier Jr., por sua vez, refere-se a duas espécies: “a) transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses”⁴⁵⁴.

Todavia, tais classificações se prendem ao conceito de lide, porque partem da ideia de que o conflito de interesses resistido ou não satisfeito somente pode ser solucionado através da sucumbência dos interesses das partes, o que permite a

⁴⁵¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2000. p. 71.

⁴⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. E-book.

⁴⁵³ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método: 2013. p. 6-8.

⁴⁵⁴ DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2016. p. 167.

conclusão de que tais classificações não se mostram mais adequadas à moderna concepção de Justiça Multiportas, desapegada da ideia de heterocomposição como principal meio de solução de conflitos.

Inclusive, há hipóteses de acordos, nos quais não se poderia falar em renúncia, submissão ou transação, visto que nenhuma das partes abdicaria de seus interesses. Na verdade, a autocomposição é, por essência, flexível, tanto no aspecto procedimental, quanto no aspecto material, não sendo recomendável classificá-la, exclusivamente, a partir do critério da sucumbência de pretensões.

Corroborando a inadequação da classificação, cumpre se observar que a transação se apresenta, no nosso ordenamento jurídico, como um contrato típico que tem por objeto direitos patrimoniais, de caráter privado, em que os contratantes previnem ou põem termo ao litígio mediante concessões mútuas, segundo a dicção dos artigos 840⁴⁵⁵ e 841⁴⁵⁶ do Código Civil.

A dificuldade de sistematizar a matéria é séria e real, pois na autocomposição há uma grande valorização da vontade das pessoas envolvidas, e tal vontade, em regra, não depende de forma especial. A manifestação de vontade só exige forma especial quando a lei exigir; daí que novas formas de autocomposição podem surgir de acordo com a natureza dos conflitos. Não à toa, Petrônio Calmon elenca uma grande variedade de mecanismos autocompositivos: *early neutral evaluation*, *confidential listener*, *summary jury trial*, *neutral fact-finder*, *expert fact-finder*, *joint fact-finder*, *special master*, *focused group*, *court-annexed mediation*, arbitragem não-vinculante, arbitragem *incentive*, *mini-trial*, ouvidor (*ombudsman*), programa de reclamações, negociação, mediação e conciliação⁴⁵⁷.

Outra classificação é aquela proposta por Fernanda Tartuce, que divide a autocomposição em unilateral e bilateral. Para tal autora, a primeira pode se manifestar através da renúncia, da desistência ou do reconhecimento do pedido. Já a segunda poderia ocorrer através da negociação, da mediação ou da conciliação⁴⁵⁸. Esta será a classificação seguida pelo presente trabalho, por reunir e sistematizar as modalidades de autocomposição que – em razão de receberem marcos regulatórios

⁴⁵⁵ Art. 840. É lícito aos interessados previnirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁴⁵⁶ Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

⁴⁵⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2015. p. 94-104.

⁴⁵⁸ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Civis**. 2015. p. 35-55.

ou por manterem íntima conexão entre si – se manifestam de forma mais comum no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1.3.1. Renúncia

Segundo Fernanda Tartuce, a “renúncia é ato unilateral em que o envolvido na relação jurídica abre mão do Direito material a que pode (ou poderia) fazer jus”⁴⁵⁹. A depender do campo do Direito, pode ela se apresentar de variadas formas, como o abandono nos direitos reais⁴⁶⁰, a remissão no direito creditório⁴⁶¹ e tributário⁴⁶², bem como resilição contratual no direito dos contratos⁴⁶³.

A renúncia ao direito, quando realizada em juízo, acarreta a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, III, “c”⁴⁶⁴, do CPC/2015, independentemente da anuência da parte contrária. A sentença é homologatória de autocomposição e faz coisa julgada material, haja vista que se trata de decisão de mérito.

Cumpra-se salientar que, apesar de a renúncia se sujeitar à homologação judicial, esta não é condição de eficácia daquela⁴⁶⁵, visto que a renúncia tem natureza jurídica de negócio jurídico unilateral⁴⁶⁶. A homologação tem por escopo apenas pôr termo ao processo e viabilizar a formação da coisa julgada.

⁴⁵⁹ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015. p. 35.

⁴⁶⁰ Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: [...] III - por abandono; [...] (Código Civil)

⁴⁶¹ Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro. (Código Civil)

⁴⁶² Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: I - à situação econômica do sujeito passivo; II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; III - à diminuta importância do crédito tributário; IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante. (Código Tributário Nacional)

⁴⁶³ “Como a outra face da moeda, compreendemos que o sentido que se dá ao vocábulo “renúncia”, em matéria de extinção contratual, nada mais é do que a resilição contratual por iniciativa unilateral do sujeito passivo da relação obrigacional, sendo também aplicável a algumas modalidades contratuais” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. Teoria Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.285)

⁴⁶⁴ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

⁴⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie. Comentários ao art. 487 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 702

⁴⁶⁶ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, v.1. p. 349

Assim, na renúncia, não há que se falar em heterocomposição, pois a vontade do juiz não substitui a vontade das partes. Não obstante, o juiz pode se negar a homologar a renúncia quando vislumbrar que a manifestação de vontade se encontra eivada de vício, como, por exemplo, quando o advogado não dispuser de poderes especiais para renunciar (art. 105 do CPC/2015)⁴⁶⁷.

Portanto, para que a renúncia seja válida, deve ela ter objeto renunciável, e a parte, capacidade para praticar o ato. A possibilidade de renúncia tem relação com a indisponibilidade do direito, que pode ser objetiva ou subjetivamente indisponível⁴⁶⁸. Os primeiros são identificados como direitos afetos à própria personalidade do indivíduo, *v.g.*, a liberdade e a intimidade, e gozam de uma indisponibilidade relativa, pois podem sofrer limitação voluntária em seu exercício (e não na titularidade), desde que não seja permanente nem geral⁴⁶⁹. Os direitos subjetivamente indisponíveis são aqueles que assim são em decorrência de uma condição pessoal da pessoa (ex.: incapazes e pessoas jurídicas de direito público). Não se pode olvidar de que alguns direitos, não obstante indisponíveis, são transacionáveis, conforme preceitua o art. 3º da Lei n.º 13.140/2016⁴⁷⁰.

Não obstante o recurso seja um prolongamento do direito de ação, não se pode confundir a renúncia ao direito material objeto do litígio com a renúncia ao direito de recorrer.

O CPC/2015 consagra a renúncia ao direito de recorrer no art. 999, que estabelece que “A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte”.

Flavio Cheim Jorge leciona que a renúncia somente pode ocorrer após a prolação da sentença, porquanto não se pode renunciar ao recurso contra uma decisão cujo conteúdo ainda não se sabe, o que importaria em uma renúncia a uma garantia de justiça, que, por seu turno, apresenta-se como norma de ordem pública⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

⁴⁶⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 2002. p.29

⁴⁶⁹ Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil do CJF: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁴⁷⁰ § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

⁴⁷¹ JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 157

Em sentido contrário, Paulo Mendes de Oliveira leciona que é possível se admitir convenção processual para se renunciar ao direito de recorrer, uma vez que o duplo grau de jurisdição não possui natureza constitucional, e pela ausência de lógica de se admitir a exclusão total da jurisdição estatal e inadmiti-la parcialmente. Desse modo, não é racional a aceitação da exclusão total da atividade cognitiva da jurisdição estatal através da cláusula compromissória de arbitragem e a não admissão da exclusão parcial para suprir a possibilidade de interposição de recurso – que se apresenta apenas como um prolongamento do direito de ação⁴⁷².

No mesmo sentido, Marília Siqueira e Júlia Lipiani lecionam que o recurso é remédio voluntário que consubstancia direito potestativo processual e admite, inclusive, a renúncia unilateral⁴⁷³.

Fredie Didier Jr. também não admitia a renúncia ao recurso. Todavia, a partir da 13ª edição de seu curso, modificou sua posição através de uma exegese dos artigos 190⁴⁷⁴ e 200⁴⁷⁵ do CPC/2015, passando a admitir não só a renúncia total, mas também a renúncia parcial ao direito de recorrer, de modo que as partes estariam autorizadas a renunciar de forma condicional (ex.: desde que não haja vício de procedimento), ou apenas ao direito de recorrer independentemente, preservando elas o seu direito de recorrer adesivamente⁴⁷⁶.

Cumpra-se salientar que a renúncia ao direito de recorrer, diversamente da renúncia ao direito material, não encontra limitação no tocante à disponibilidade do direito. A renúncia ao recurso é um poder estritamente processual, não se confundindo com o direito objeto do processo.

⁴⁷² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1. p. 576-577

⁴⁷³ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1. p. 601-604

⁴⁷⁴ 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.

⁴⁷⁵ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁴⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais**. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 104

A aceitação não se confunde com a renúncia ao direito de recorrer, pois, segundo Flavio Cheim Jorge, nesta “[...] a parte manifesta sua vontade de não se utilizar do recurso. O ato de vontade, diante da sentença, direciona-se ao recurso. Na aquiescência, o ato de vontade direciona-se à própria sentença, concordando com o seu comando [...]”⁴⁷⁷. Por essa razão, necessariamente a aquiescência somente pode ocorrer após a sentença, não podendo ser objeto de convenção processual.

A aceitação ou aquiescência está expressamente consagrada no art. 1.000 do CPC/2015, o qual dispõe que “A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer”. Considera-se tácita “[...] a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer”. A aceitação é fato extintivo do direito de recorrer que implica evidente preclusão lógica.

5.1.3.2. Desistência

A desistência da ação é ato que dá ensejo à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VIII, CPC/2015)⁴⁷⁸, que, todavia, somente produzirá efeitos após a homologação judicial (art. 200, parágrafo único, CPC/2015)⁴⁷⁹. Somente pode ser ela praticada até a sentença (§5º do art. 485, CPC/2015)⁴⁸⁰ e depende da concordância do réu, caso já tenha sido oferecida a contestação (§4º do art. 485, CPC/2015)⁴⁸¹. A desistência não impede a propositura de nova ação, tendo-se em vista que a decisão terminativa não faz coisa julgada material.

A desistência da ação e a do recurso não se confundem e possuem regramentos próprios, não obstante o recurso se apresente como uma continuação do direito de ação.

A desistência do recurso tem como pressuposto a sua interposição. Caso ele não tenha sido interposto ainda, a manifestação de vontade no sentido de não recorrer se apresenta como ato de renúncia.

⁴⁷⁷ JORGE. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2015. p. 158.

⁴⁷⁸ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VIII - homologar a desistência da ação;

⁴⁷⁹ Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁴⁸⁰ Art. 485. [...] § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

⁴⁸¹ Art. 485. [...] § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

A desistência do recurso, diversamente da desistência da ação, não implica uma hipótese específica de extinção do processo – que pode ser com ou sem resolução do mérito, dependendo da decisão recorrida. Na verdade, a desistência do recurso nem mesmo implica necessariamente extinção do processo (v.g., desistência do agravo de instrumento).

A desistência do recurso acarreta o fim do procedimento recursal daquele recurso específico e pode ser feita a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido (art. 998, *caput*, CPC/2015)⁴⁸². Em que pese o dispositivo expresse que a desistência pode ocorrer “a qualquer tempo”, cumpre se esclarecer que tal possibilidade somente se apresenta até a última oportunidade que o recorrente tenha para se manifestar, ou seja, até a sustentação oral no tribunal. Iniciado o julgamento, com o relator proferindo o seu voto, não se mostrará mais possível desistir do recurso⁴⁸³.

A desistência do recurso não depende de homologação, produzindo efeitos imediatamente, a partir do momento em que há a manifestação de vontade.

Entretanto, impende se observar que, sob a égide do CPC/73, equivocadamente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de inadmitir a desistência do recurso afetado ao regime de recursos repetitivos, sob o fundamento de que haveria interesse público no estabelecimento da tese a ser aplicada em casos similares⁴⁸⁴. Atento a tal questão, o legislador previu regra expressa no parágrafo único do art. 988 do CPC/2015, para estabelecer que “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”.

Assim, o dispositivo trouxe importante regra específica, que assegurou a possibilidade de desistência do recurso, resguardado o interesse público na fixação da tese jurídica.

⁴⁸² Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

⁴⁸³ JORGE. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 2015.p. 161

⁴⁸⁴ Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. (STJ – Corte Especial - QO no REsp 1063343 / RS – Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 17/12/2008 – DJe 04/06/2009)

O parágrafo único, percebe-se, tem como objetivo específico afastar a tendência jurisprudencial considerada equivocada pela doutrina (CUNHA, 2010), no sentido de não permitir que a parte desista do recurso que tenha sido afetado para ser julgado como “piloto” no regime dos repetitivos, que surgiu no STJ (STJ, Corte Especial, QO no REsp 1.063.343-CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2008, DJe 04.06.2009). Este dispositivo deixa absolutamente claro que pode o recorrente desistir do recurso, ainda que a repercussão geral já tenha sido reconhecida – mesmo no caso do recurso extraordinário julgado individualmente – e que tenha sido afetado para julgamento em regime de recurso repetitivo.

Andou bem o legislador ao incluir também a primeira hipóteses, já que a razão invocada pelos Tribunais Superiores para não permitir a desistência era a de que, uma vez tendo lugar a afetação, passava a preponderar o interesse público e a parte de certo modo perdia a “disponibilidade” de seus “direitos processuais”. A razão estaria presente também na hipótese de ter sido reconhecida a repercussão geral. Por isso, este dispositivo vem, de fato, em boa hora, equilibrando os interesses públicos e os da parte, pois a tese é decidida, embora o caso, na dimensão de sua concretude, não seja julgado, transitando em julgado o acórdão que se tinha recorrido.⁴⁸⁵

No mesmo sentido, é a solução legal dada para a questão no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), já que o §1º do art. 976 do CPC/2015 dispõe que: “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.

Portanto, pelas novas regras, ocorrendo a desistência do recurso, independentemente de homologação, a decisão recorrida transitará em julgado, o que, todavia, não impedirá o julgamento da tese jurídica pelo tribunal, que, por sua vez, não produzirá efeitos sobre a decisão formada no caso concreto.

Inclusive, a decisão transitada em julgado não se sujeita a ação rescisória, com fundamento na tese jurídica firmada, de modo superveniente, no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos e no incidente de resolução de demandas repetitivas.

O §5º do art. 966 dispõe que cabe ação rescisória quando a decisão de mérito violar manifestamente norma jurídica consubstanciada “[...] em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”⁴⁸⁶. Pela dicção do dispositivo, verifica-se que a tese jurídica

⁴⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1476.

⁴⁸⁶ Art. 966. [...] §5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

deve ser firmada de forma precedente à decisão rescindenda, para se viabilizar o ajuizamento de ação rescisória.

5.1.3.3. Reconhecimento do Pedido

O reconhecimento do pedido ocorre quando uma parte aceita os efeitos jurídicos postulados pela outra. É a aceitação das consequências jurídicas extraídas da causa de pedir pela parte adversa⁴⁸⁷, que acarreta a extinção do processo com julgamento do mérito, conforme art. 487, III, “a”⁴⁸⁸, do CPC/2015.

A sentença é homologatória de autocomposição unilateral, o que impõe ao juiz apenas aferir a capacidade de quem reconhece e a disponibilidade do direito, não devendo adentrar no mérito propriamente dito, bem como respeitando a autonomia de autorregramento da vontade das partes.

O reconhecimento do pedido não se confunde com a confissão, visto que esta não se trata de forma de autocomposição, e, sim, de matéria probatória, conforme enuncia o inciso I do art. 212 do Código Civil, o qual estabelece que “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão”. Assim, a confissão “[...] é admissão de fato contrário ao interesse e cujo valor é probatório, não vinculando o convencimento judicial”⁴⁸⁹.

5.1.3.4. Negociação

Antes de adentrarmos em cada um dos métodos de tratamento adequado de conflitos autocompositivos bilaterais, cumpre se ressaltar que, não obstante sejam feitas algumas referências aos dispositivos da Lei n.º 13.140/2015 e ao CPC/2015, a prática e os métodos de negociação não se encontram na lei. A negociação somente encontra maior detalhamento no Anexo I das Diretrizes Curriculares do curso de capacitação básica de conciliadores e mediadores da Resolução CNJ n.º 125/2010.

⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2. p. 178.

⁴⁸⁸ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido;

⁴⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2. p. 178.

A negociação pode ser compreendida como a comunicação estabelecida entre as partes diretamente envolvidas em um conflito, sem a intervenção de um terceiro estranho ao problema.

Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton lecionam que existem duas maneiras de negociação: a posicional e a baseada em princípios. A primeira se subdivide na negociação gentil e na negociação firme. Na negociação gentil, o negociador deseja evitar conflitos pessoais, o que acaba gerando rápidas concessões e, por consequência, uma sensação de insatisfação com a negociação, por se sentir prejudicado. Na negociação firme, o negociador encara a situação como uma disputa, em que busca, de forma extremada, os melhores resultados, o que acaba por despertar igual reação na outra parte, ocasionando a ambos um exaurimento próprio e de recursos, prejudicando a relação. Já a negociação baseada em princípios, desenvolvida no Projeto de Negociação de Harvard, almeja afastar uma negociação baseada em regateios, para obter uma solução a partir dos méritos. Através desse método, sempre que possível, devem-se buscar situações de benefícios mútuos e, sempre que os interesses entrarem em conflito, deve-se primar para que o resultado se baseie em padrões justos, independentemente da vontade das partes⁴⁹⁰.

Segundo a teoria da negociação cooperativa, baseada em princípios da Escola de Harvard, deve-se abandonar o enfoque “ganha-perde”, para se focar em um modelo “ganha-ganha”, no qual os negociadores estabelecem seu foco nos interesses, buscando uma solução para o conflito que atenda simultaneamente os interesses dos negociantes⁴⁹¹.

Nesse sentido, Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton ensinam que o método de negociação de princípios pode ser resumido em quatro pontos fundamentais, cada um deles versando sobre um elemento básico da negociação: (1) *pessoas*: separe as pessoas do problema; (2) *interesses*: concentre-se nos interesses, não nas posições; (3) *opções*: crie uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer; (4) *critérios*: insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo⁴⁹².

⁴⁹⁰ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Sextante. 2018. p. 23-35

⁴⁹¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015. p. 43.

⁴⁹² FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Sextante. 2018. p. 31.

Ademais, para que a parte tenha a perfeita compreensão de quando deve ou não negociar e qual o melhor resultado que pode ser obtido a partir dessa negociação, ela deve estabelecer o seu *BATNA*⁴⁹³ e o *BATNA* da parte contrária.

A *BATNA* – *Best Alternative to a Negotiated Agreement* – consiste na identificação de qual a melhor opção de que a parte dispõe, caso não seja obtido um acordo. O desenvolvimento da *BATNA* permite que a parte se proteja de aceitar condições muito desfavoráveis, bem como de evitar que sejam refutados termos que seriam do seu interesse. Desse modo, a *BATNA* possui uma relação direta com o poder de negociação, pois, quanto melhor for a *BATNA*, maior será o seu poder de negociação, visto que a clareza de qual caminho seguir, caso não seja obtido o acordo, por óbvio, confere mais tranquilidade e liberdade na negociação, inclusive, para se retirar dela⁴⁹⁴.

[...] Uma investigação profunda do que você vai fazer se não chegar a um acordo pode fortalecer muito sua posição. Alternativas atraentes não caem do céu; geralmente é preciso desenvolvê-las. A criação de possíveis *Batnas* requer três ações: (1) elaborar uma lista de ações que pode realizar se não houver acordo; (2) desenvolver algumas ideias mais promissoras e convertê-las em alternativas práticas; e (3) selecionar, provisoriamente, a que lhe parecer melhor.⁴⁹⁵

Nesse sentido, não se pode ignorar a importância do uso da Teoria dos Jogos na definição das opções de que as partes dispõem, bem como no auxílio do processo de tomada de decisão.

A Teoria dos Jogos foi desenvolvida por John Von Neumann, o qual, a partir de trabalhos publicados desde 1928, teve o mérito de aprofundar e sistematizar alguns dos principais conceitos dessa teoria. Entretanto, foi a obra *Theory of Games and Economic Behavior*, escrita em coautoria Oskar Morgenstern, que apresentou, de

⁴⁹³ “É o que a Escola de Harvard denomina *BATNA* – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*; em português, “Melhor Alternativa ao Acordo Negociado”. Se a negociação não sai como esperado é possível deixar a mesa a qualquer momento e partir para outra forma de resolução do conflito, ou até mesmo para a jurisdição tradicional. Para isso é essencial que a parte saiba quais os resultados que ela pode esperar obter através dessas outras vias. A partir dessa compreensão o negociante pode definir qual o seu “valor de reserva” (*reservation value*), ou seja, o valor mínimo ou máximo (dependendo da sua posição na negociação) que ele irá aceitar no acordo negociado ao invés de recorrer ao seu *BATNA*.” (PINHO, Humbeto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, vol. 258. Ago., 2016, p. 123-152)

⁴⁹⁴ FISHER; URY; PATTON. **Como Chegar ao Sim**: a negociação de acordos sem concessões. 2018. p. 121-130.

⁴⁹⁵ FISHER; URY; PATTON. **Como Chegar ao Sim**: a negociação de acordos sem concessões. 2018. p. 128.

forma sistematizada, as noções de utilidade, jogos de soma zero e de soma não zero, além do conceito de *minimax*⁴⁹⁶.

Tal teoria foi modificada por John Forbes Nash, na década de 50, quando publicou quatro artigos científicos (*Equilibrium Points in n-person Game*⁴⁹⁷; *The Bargaining Problem*⁴⁹⁸; *Non-Cooperative Games*⁴⁹⁹; *Two-person Cooperative Games*⁵⁰⁰), os quais introduziram o elemento cooperativo na Teoria dos Jogos, além de desenvolver o conceito que ficou conhecido como “Equilíbrio de Nash”. Enquanto Neumann partia da ideia de competição, em que cada um dos envolvidos na disputa deve buscar individualmente a maximização dos seus ganhos, Nash trouxe uma noção de maximização dos ganhos individuais através de uma postura cooperativa entre os adversários.

Em linhas gerais, a Teoria dos Jogos corresponde “[...] a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses, com o fito de descobrir as melhores opções que, dadas certas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador racional”⁵⁰¹.

Ela considera a existência de jogos cooperativos e não cooperativos, sendo que as opções que os negociantes terão dependerão da natureza da relação, da utilidade do resultado, da racionalidade dos envolvidos, das informações à disposição das partes e de suas estratégias. Assim, por exemplo, em um jogo de basquete, o único resultado útil é a vitória, ao passo que, em um jogo de frescobol, ambos os jogadores devem cooperar para não deixar a bola cair. Esses são casos extremos, existindo situações intermediárias nas quais se mostra possível se visualizarem interesses comuns e antagônicos.

Nesse contexto, ganha relevo a distinção entre jogos de soma não zero e de soma zero. Neste, o ganho de um jogador representa a equivalente perda do outro, enquanto naquele não há essa correlação. Essa noção é importante para compreender o que é o “Equilíbrio de Nash” e distingui-lo do Princípio Minimax.

⁴⁹⁶ ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, v. 2, p. 160-180, 2003.

⁴⁹⁷ NASH JR., John Forbes. *Equilibrium Points in n-person Games*. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, p. 48-49, 1950.

⁴⁹⁸ NASH JR., John Forbes. *The Bargaining Problem*. **Econometrica**, p. 155-162, 1950.

⁴⁹⁹ NASH JR., John Forbes. *Non-Cooperative Games*. **Annals of Mathematics**, p. 286-295, 1951.

⁵⁰⁰ NASH JR., John Forbes. *Two-person Cooperative Games*. **Econometrica**, p. 128-140, 1953.

⁵⁰¹ ALMEIDA. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. 2003. p. 160-180.

O Princípio Minimax é aquele segundo o qual o ponto de equilíbrio de um jogo soma zero (ganho de um jogador representa a perda do outro), entre duas pessoas, é obtido através de uma estratégia voltada a minimizar a perda máxima (minimax) e maximizar o ganho mínimo (maxmin). O clássico exemplo de aplicação desse princípio é determinação da genitora de dois irmãos para que esses dividam um bolo, sendo que um partirá o bolo em dois pedaços e o outro escolherá o pedaço que quiser. Segundo o Princípio Minimax, o indivíduo que cortar o bolo certamente tentará cortá-lo da forma mais homogênea possível para não ficar com um pedaço muito menor que o de seu irmão, o qual escolherá o maior pedaço. Por outro lado, o teorema do *Equilibrium* de Nash tem um âmbito de aplicação mais amplo que o Princípio Minimax, pois aquele não parte da premissa de que o ganho de um jogador representará a perda do outro. Para o teorema do *Equilibrium* de Nash, a colaboração entre os jogadores permite agregar valor ao resultado, obtendo um resultado coletivo melhor através da conjugação das estratégias dos jogadores. Esse teorema foi demonstrado em cena do filme “Uma mente brilhante”, o qual retratou a vida de John Forbes Nash Junior. No filme, há uma cena em que Nash se encontra acompanhado de colegas de faculdade em um bar, quando visualizam uma mulher extremamente bonita acompanhada de amigas. Naquele momento, os colegas de Nash propõem que fossem adotados os princípios de Adam Smith para que todos disputassem a mulher mais bonita e que a vitória fosse do melhor jogador. Nash contesta tal proposição e defende que se todos disputassem a mulher mais bonita possivelmente ninguém lograria conquistá-la, pois cada um dos jogadores atrapalharia os demais. Também observou que se todos escolhessem a mulher mais bonita como primeira opção, as amigas dela possivelmente se ofenderiam e não aceitariam serem tratadas como segundas opções. Para Nash, se cada um dos jogadores tentasse conquistar uma das amigas da mulher mais bonita e a deixasse por último, essa se sentiria mais fragilizada e suscetível de sair com quem dela se aproximasse, enquanto suas amigas também se sentiriam valorizadas e dispostas a conhecer melhor os demais jogadores. Nessa situação, haveria uma maximização de um resultado que não poderia ser obtido através da competição entre os jogadores, pois através do *Equilibrium* de Nash, além dos ganhos individuais existiria um ganho coletivo, uma vez que todos os jogadores teriam ganhos.⁵⁰²

Esses métodos de negociação são aplicáveis não só à negociação, mas também à conciliação e à mediação, sendo certo que, a partir da Teoria dos Jogos, pode-se concluir que a atuação cooperativa se mostrará ainda mais adequada às relações continuativas, nas quais se poderá obter reais ganhos em termos gerais.

O CPC/2015 determina expressamente a utilização das técnicas de negociação no âmbito da conciliação e da mediação, ao prescrever, no §3º do art. 166, que: “Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”.

⁵⁰² MAZZEI, Rodrigo Reis; CARLOS, Helio Antunes. Breve estudo acerca das principais alterações da reforma trabalhista: uma análise a partir da Teoria dos Jogos. In: TUPINAMBÁ, Carolina. **Soluções de conflitos trabalhistas: novos caminhos**. São Paulo: LTr, 2018. p. 162-173.

5.1.3.5. Conciliação

Para Fernanda Tartuce, a conciliação é uma técnica de autocomposição segundo a qual “[...] um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto”⁵⁰³.

Como já referido, a conciliação constou expressamente prevista na primeira carta magna brasileira, a qual condicionava o ajuizamento de ações a uma prévia tentativa de “reconciliação”, o que veio a se harmonizar com as Ordenações Filipinas, que já previam essa prévia tentativa no juízo cível.

Ao longo dos anos, vários foram os diplomas legais que trataram a conciliação, com maior ou menor prestígio. Todavia, não se pode deixar de destacar dois diplomas que conferiram verdadeiro destaque à conciliação, por, de fato, incorporá-la às suas dinâmicas de trabalho. O primeiro foi a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, a qual, além de elevar a conciliação a critério orientador de toda a atividade nos Juizados (art. 2º)⁵⁰⁴, tratou-a em variados dispositivos. Deve, nesse contexto, ser buscada tanto pelo juiz leigo, quanto pelo togado. O segundo foi a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que, por sua vez, tornou obrigatória a submissão do conflito à Comissão de Conciliação Prévia (art. 625-D)⁵⁰⁵ – dispositivo suspenso por decisão do STF⁵⁰⁶ –, além de prever a proposta de conciliação em dois momentos processuais distintos: na abertura da audiência de instrução e julgamento (art. 846)⁵⁰⁷ e logo após as razões finais das partes (art. 850)⁵⁰⁸.

⁵⁰³ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015.p. 48.

⁵⁰⁴ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁵⁰⁵ Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

⁵⁰⁶ O Supremo Tribunal Federal deferiu liminar na ADI 2160, para conferir interpretação, conforme a Constituição, ao art. 625-D, introduzido pela Lei n.º 9.958, de 12 de abril de 2000, para se afastar a obrigatoriedade de submissão prévia dos dissídios à Comissão de Conciliação Prévia, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal

⁵⁰⁷ Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

⁵⁰⁸ Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Como forma de autocomposição, a conciliação mantém íntima ligação com a mediação, tanto que a doutrina, em muitos casos, retrata a conciliação como uma forma de “mediação avaliativa”.

Recent literature therefore recognizes that potencial mediation users can retain evaluative mediators, who will sterr them toward outcomes in substantial conformity with legal rights. Or they can retain facilitative mediators, who will work to generate a settlement that meets the needs of all sides. Or they can retain activist mediators, who will ensure that parties (and even outsiders) are protected against domination and unfairness in the process.⁵⁰⁹

Essa relação entre a mediação e a conciliação também pode ser verificada na legislação italiana, já que o Decreto Legislativo n.º 28, de 04 de março de 2010, editado pelo governo da Itália, divide a mediação em facilitadora e valorativa (ou adjudicatória), as quais se distinguem pela possibilidade de o mediador formular proposta (o que ocorre nessa última modalidade). Ademais, o Decreto também faz referência à conciliação. Contudo, essa é vista como o resultado buscado pela mediação. Em outras palavras, na legislação italiana, a mediação é vista como o processo de tratativas, enquanto a conciliação é vista como o resultado perseguido⁵¹⁰.

Por essa razão, Carlos Eduardo de Vasconcelos trata a conciliação como uma espécie de mediação, afirmando que a nomenclatura conciliação é [...] uma opção vocabular tradicional, que designa a natureza do procedimento pelo nome do resultado pretendido⁵¹¹.

Tal relação entre a mediação e a conciliação pode ser verificada não apenas por uma questão terminológica, mas, principalmente, por uma questão de ordem pragmática. Leonard L. Riskin também trabalha com os conceitos de “avaliação” e “facilitação”, apesar de reconhecer inconvenientes nessa terminologia. Não obstante, utiliza-as para demonstrar que a avaliação, não raras vezes, é utilizada para tornar propícia a facilitação, visto que a avaliação deve ser considerada não apenas como uma proposta de acordo, mas a todos os “[...] comportamentos preditivos, julgadores ou orientadores do mediador [...]” que tendem a direcionar ou influenciar as partes em

⁵⁰⁹ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 44.

⁵¹⁰ HILL, Flávia Pereira. **A nova Lei de Mediação italiana**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. p. 299-300.

⁵¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2015. p. 179.

direção a um resultado específico ou em direção a uma tomada de decisão que pode ser dividida em três categorias: substantiva (v.g., causa da disputa, delimitação do problema e opções de acordo), processual (procedimentos empregados para abordar a questão substantiva) e meta-processual (decidir como as decisões processuais serão tomadas)⁵¹². Essa influência pode, inclusive, ocorrer inconscientemente, dependendo da natureza do conflito e do processo de tomada de decisões adotado, que pode dar espaço ou não ao exercício de influência pelas próprias partes e seus patronos.

A legislação brasileira tem seguido outro caminho ao distinguir a conciliação da mediação, principalmente, pela possibilidade de o conciliador formular proposta de acordo. Nesse sentido, a Resolução CNJ n.º 125/2010 trata a conciliação e a mediação como institutos autônomos, ao longo de todo o seu texto. Apesar de não conceituar o que seria a conciliação e a mediação, tal resolução acaba por se filiar à distinção entre os institutos, a partir do critério segundo o qual apenas a conciliação admitiria a formulação de proposta de acordo. Tal opção foi explicitada no art. 2º, inciso III, do anexo III, ao prever o conteúdo da regra que estabelece a “ausência de obrigação de resultado”, aplicável tanto à conciliação, quanto à mediação.

Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: [...]

III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

No mesmo sentido, a Resolução n.º 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – a qual dispõe sobre a política judiciária de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho – prevê a possibilidade de o terceiro propor soluções apenas na conciliação. Tal diploma, logo em seu artigo primeiro, procurou conceituar a conciliação e a mediação, da seguinte forma:

Art. 1º. Para os fins desta resolução, considera-se:

I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por

⁵¹² RISKIN, Leonard L. Tomada de decisão em mediação: o novo “gráfico antigo” e o sistema do “novo gráfico novo”. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Vol. 4. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 129-170.

este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio;
II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

Note-se que a Resolução CSJT n.º 174/2016 consagra a conciliação e a mediação como políticas públicas de tratamento adequado de disputas, as quais se distinguiriam apenas em razão da possibilidade, na conciliação, de criação de opções ou formulação de propostas para a composição do litígio. Tal redação é criticada por Fabiana Marion Spengler, para quem as diferenças entre a conciliação e mediação seriam mais significativas e importantes do que aquela estabelecida por dita resolução, haja vista que deveria se agregar ao conceito o papel desempenhado pelos profissionais que conduzem as sessões, o tipo de conflitos a que cada método se mostra adequado, bem como os objetivos e resultados almejados⁵¹³.

De fato, a distinção da conciliação e da mediação focada apenas na possibilidade de o terceiro sugerir ou não uma solução para o conflito é manifestamente insuficiente, pois cada espécie de conflito atrairá a aplicação de uma modalidade de tratamento diferente. Nesse sentido, a Resolução CSJT n.º 174/2016 merece a aplicação supletiva do CPC/2015 – por força do art. 15 desse último diploma legal –, para assegurar que cada conflito receba o tratamento que se mostre mais adequado.

A título de exemplo, para se compreender o que ora se defende, basta imaginarmos duas possíveis pretensões do trabalhador em face do empregador. Um conflito em que o trabalhador apenas almeje o recebimento de verbas trabalhistas não pagas poderia ser, adequadamente, solucionado pela conciliação, visto que o encerramento do contrato de trabalho e, portanto, da própria relação entre as partes em conflito, não exigiria, em princípio, um tratamento da relação, com o objetivo de prevenir a eclosão de novos conflitos.

Por outro lado, um conflito consubstanciado no desejo de o trabalhador ser reintegrado, em decorrência de uma demissão arbitrária, em período de estabilidade, não será adequadamente solucionado pela conciliação, pois, caso a própria relação

⁵¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 119.

entre empregador e empregado não seja adequadamente tratada, o êxito na reintegração será apenas aparente e momentâneo, haja vista que aquele romperá o contrato de trabalho tão logo se mostre juridicamente possível.

Por essa razão, os conceitos contidos na Resolução CSJT n.º 174/2016 merecem a aplicação supletiva do CPC/2015, para que seja observada a natureza da relação que orienta o conflito, porquanto a distinção entre conciliação e mediação a partir da possibilidade de o conciliador formular proposta de acordo é insuficiente – o que será mais aprofundado no próximo capítulo.

5.1.3.6. Mediação

A mediação, por sua vez, é a técnica voltada ao tratamento de questões litigiosas de relações mais estáveis e duradouras e que, por essa razão, não podem – ou ao menos não deveriam – ser tratadas como um conflito pontual, merecendo tratamento de todos os interesses envolvidos, em uma prática voltada à aprendizagem, de mudança de metas e de ganhos mútuos, através de uma postura cooperativa.

Em virtude disso, para que as partes experimentem uma sensação de satisfação com o resultado obtido, é indispensável a valorização de seus interesses e autorregramento, pois a solução – que é elemento acidental e não essencial – não lhes foi imposta ou simplesmente aceita, mas por elas construída como forma mais adequada de dar prosseguimento à relação. Desse modo, o mediador deve se comportar como facilitador, o que não o impede de, nessa atividade, fazer provocações e sugestões às partes e a seus patronos, para que esses, por si mesmos, alcancem o acordo.

A partir dessas considerações, verifica-se que, apesar de a mediação e de a conciliação manterem íntimo vínculo no tocante ao processo de tomada de decisão, distanciam-se, em regra, quando se busca a delimitação do problema, pois, enquanto a conciliação se mostra como técnica adequada para a busca de uma solução restrita à questão do litígio, a mediação mostra aptidão para, além da questão do litígio, tratar da relação como um todo, cuidando não apenas dos interesses imediatamente conflitantes, mas também de interesses pessoais, interpessoais, profissionais e comunitários, a depender das intenções, consciência e flexibilidade das partes e de seus patronos.

O Código de Processo Civil buscou distinguir a conciliação e a mediação através da função do terceiro, que pode ser, respectivamente, avaliativa ou facilitadora, bem como em decorrência do vínculo entre as pessoas em conflito. Nesse sentido, o art. 165 dispõe:

Art. 165. [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos 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.

A Lei n.º 13.140/2015 adotou técnica diversa ao se distanciar da conceituação do terceiro para buscar definir a própria atividade, conforme preconiza o parágrafo único do art. 1º: “Considera-se mediação atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Todavia, não se pode deixar de observar que existe uma aparente antinomia entre os diplomas legislativos, quando a Lei 13.140/2015 enuncia a possibilidade de o mediador formular proposta de acordo no inciso III do §1º do art. 30, *in verbis*:

Art. 30. [...] § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: [...]

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

Nesse sentido, Luiz Antonio Scavone Júnior leciona que se trata de atecnia sistemática na produção das leis, a ser reparada pela doutrina, que deve extrair o correto significado da norma, não obstante afirme que “[...] dificilmente a atividade do mediador será estanque, de tal sorte que em algum momento poderá sugerir a solução, o que configura o conceito de conciliação”⁵¹⁴.

⁵¹⁴ SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 277

Acerca da temática, Leonard L. Riskin chama a atenção para existência de uma disparidade entre a teoria e a prática e, não obstante os expoentes da mediação coloquem a autodeterminação das partes como o núcleo da mediação, frequentemente essas não têm oportunidade ou conhecimentos necessários para exercer a autodeterminação⁵¹⁵.

Ademais, o conflito deve ser compreendido como um fenômeno dinâmico que admite o emprego de mais de um método de tratamento de conflito. O próprio CPC/2015, ao se utilizar do vocábulo “preferencialmente” nos §§2º e 3º do art. 165, deixou clara a opção por não restringir o âmbito de aplicação dos institutos, de modo que, uma vez frustrada a tentativa de mediação, nada impediria uma seguida tentativa de conciliação, ou vice-versa.

[...] Vale destacar que também aqui o legislador apontou a expressão “preferencialmente”, sinalizando que em conflitos sobre relações continuativas é possível também a atuação de um conciliador; caso os envolvidos não consigam encontrar sozinhos soluções e queiram avançar rumo a um acordo, poderão se valer da contribuição de um conciliador que elabore propostas⁵¹⁶.

Ressalte-se que o vocábulo “preferencialmente” ainda permite a conclusão de que a adoção da mediação não se mostrará adequada apenas quando houver vínculo anterior entre as partes. O próprio CPC/2015 traz, no seu art. 565, uma hipótese de mediação obrigatória em casos em que, em regra, inexistente vínculo anterior entre as partes.

O procedimento das ações possessórias multitudinárias, referido no art. 565 do CPC/2015, impõe a realização de mediação não apenas com as partes envolvidas diretamente no conflito, mas também com o Ministério Público, a Defensoria e os órgãos responsáveis pela política agrária e urbana. As partes envolvidas diretamente no conflito, em regra, não têm vínculo anterior, mas salta aos olhos que enxergar o conflito como uma questão pontual entre as partes teria aptidão para desencadear vários outros conflitos, não só entre as próprias partes, mas também envolvendo terceiros.

⁵¹⁵ RISKIN. Tomada de decisão em mediação: o novo “gráfico antigo” e o sistema do “novo gráfico novo”. 2007, 129-170.

⁵¹⁶ TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art. 165 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 524.

Desse modo, a partir da conjugação dos conceitos legais, pode-se concluir que, no ordenamento brasileiro, a mediação deve ser compreendida como a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes, despojado de poder decisório e que atuará auxiliando e estimulando as partes a restabelecerem a comunicação, para que essas, por si próprias, possam identificar e desenvolver soluções consensuais que gerem benefícios mútuos, preferencialmente quando houver vínculo anterior ao conflito ou, ainda, quando se verificar a possibilidade de eclosão de novos conflitos.

6. O MICROSSISTEMA DE AUTOCOMPOSIÇÃO

6.1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS: ESTRUTURA E DIÁLOGO ENTRE PROCEDIMENTOS

De início, cumpre se recordar que o Microsistema de Autocomposição é fruto do acoplamento estrutural entre os sistemas de heterocomposição e autocomposição operado, principalmente, pela Lei de Medição, pela Resolução CNJ n.º 125/2010 e por parte altamente selecionada do CPC/2015 (e não de todo o código).

Assim, o acoplamento estrutural não se opera entre o todo de ambos os sistemas, mas apenas entre partes escolhidas de maneira altamente seletiva⁵¹⁷. Nesse sentido, a parte selecionada do CPC/2015 não é representada apenas pelos módulos autocompositivos, presentes no procedimento comum (art. 334) e nos procedimentos especiais de ações de família (arts. 695 a 697) e de ações possessórias multitudinárias (art. 565), mas também pelas normas fundamentais de processo civil (arts. 1º a 12) e por algumas normas dispersas por todo código, *v.g.*: a que estabelece o dever de o juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição (art. 139, V); a que estabelece o dever de o oficial de justiça certificar, no mandado, eventual proposta de autocomposição (art. 154, VI); as que dispõem acerca dos conciliadores e mediadores judiciais (arts. 165 a 175); a que estabelece uma cláusula geral de negociação processual (art. 190); a que estabelece a opção, na petição inicial, pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII); a que viabiliza a produção antecipada de prova, sem que exista o requisito da urgência, para viabilizar a autocomposição ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, II e III); a que possibilita que a autocomposição judicial e extrajudicial seja homologada em juízo, constituindo-se em título executivo judicial (art. 515, II e III); a que possibilita que a autocomposição judicial possa envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, §2º); a qual prevê um procedimento especial de jurisdição voluntária de homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor (art. 725, VIII).

Assim, o microsistema de autocomposição se mostra substancialmente distinto de boa parte dos microsistemas do nosso ordenamento, pois esses se formam

⁵¹⁷ LUHMANN. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2011. p. 131;

através da conjugação de leis extravagantes e/ou no bojo de estatutos, o que resulta na aplicação da legislação codificada apenas em caráter subsidiário. De modo diverso, o microssistema de autocomposição é composto, em parte, pela própria legislação codificada, a qual mantém comunicação com outras legislações através de seus princípios e cláusulas gerais.

No tocante aos princípios, cumpre se observar que o microssistema de autocomposição se utiliza não apenas dos princípios específicos da conciliação e da mediação e do autorregramento da vontade, mas também dos princípios fundamentais de processo.

Dentre as cláusulas gerais espalhadas pelo Código, merecem destaque, para os fins do presente estudo, a cláusula geral de tratamentos adequados de conflitos⁵¹⁸ (art. 3º do CPC/2015) e a cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/2015)⁵¹⁹, as quais oportunizam aos sujeitos do processo a adoção de uma ampla gama de possibilidades de tratamento dos conflitos e de flexibilização procedimental, através de diálogos de procedimentos e importação de técnicas diferenciadas.

Assim, o CPC/2015 não é aplicado apenas subsidiariamente, dado que assume um papel participativo, no qual estabelece um amplo diálogo com a Lei de Mediação, com a Resolução CNJ n.º 125/2010 e com diversas outras normas, dentre as quais cumpre se destacar: o Código Civil de 2002, a CLT, a Lei 9.099/95, o Código de Defesa do Consumidor, a Resolução CJF nº 38/2016, a Resolução CSJT n.º 14/2016, a Resolução CNMP nº 118/2014, a Lei Complementar n.º 80/94, a Resolução do Conselho Federal da OAB n.º 02/2015.

Note-se que, nesse ponto, a posição ora adotada dista da defendida por Ada Pellegrini Grinover, para quem o “minissistema de justiça consensual” se esgotaria

⁵¹⁸ No mesmo sentido, mas adotando nomenclatura diversa, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. fazem referência à “atipicidade dos meios de solução de conflitos” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multipostas e tutela constitucional adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Justiça multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.p. 36.)

⁵¹⁹ Tal nomenclatura é utilizada por Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. *Comentários ao art. 190 do CPC*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 323. No mesmo sentido, mas adotando nomenclaturas diversas Antônio do Passo Cabral se refere à “cláusula geral de convencionalidade no processo” (CABRAL. **Convenções Processuais**. 2016. p. 90-91) e Pedro Henrique Nogueira à “cláusula geral de negociação sobre processo (NOGUEIRA. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2017. p.227). Apesar de todas as nomenclaturas estarem igualmente corretas, a opção pela primeira, no presente trabalho, reside na consideração de que negócio jurídico é termo mais amplo do que convenção e, portanto, não conflitaria com nenhuma das nomenclaturas empregadas na doutrina.

nos três primeiros marcos regulatórios referidos⁵²⁰. Todavia, tal orientação não parece a melhor a ser adotada, diante da ampla possibilidade de importação de técnicas e diálogo entre os procedimentos, oportunizados pelo modelo de flexibilidade procedimental adotado pelo CPC/2015.

Sob a égide do CPC/1973, o parágrafo único do art. 272 já determinava a aplicação do procedimento ordinário aos procedimentos especiais. Tal comando foi reproduzido, de forma adaptada, no parágrafo único do art. 318 do CPC/2015, o qual consagrou a aplicação subsidiária do procedimento comum aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução. Ademais, o art. 15 do CPC/2015 determina a aplicação das disposições do código em caráter subsidiário e supletivo.

Doravante, a partir do art. 15 do novo Código de Processo Civil, inaugura-se diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade de antinomia aparentes ou reais, permitindo-se, ainda, o reconhecimento de uma relação complementar entre leis integrantes de microssistemas supostamente conflitantes. Inaugura-se expressamente, portanto, dinâmica de coordenação entre as leis, culminando até mesmo na possibilidade de aproveitamento recíproco de disposições, resguardada a segurança jurídica das partes e valioso ônus argumentativo do julgador que pretenda se valer de norma originária de outro microssistema.

[...]

Com frequência, os termos “aplicação supletiva” e “aplicação subsidiária” têm sido usados como sinônimos, quando, na verdade, não o são. Aplicação subsidiária significa a integração da legislação subsidiária na principal, de modo a preencher as lacunas da lei principal, enquanto a aplicação supletiva remete à complementação de uma lei por outra.⁵²¹

A partir de tal lição, verifica-se que supletividade e subsidiariedade não se confundem, pois, enquanto esta é uma via de mão única, aquela é uma via de mão

⁵²⁰ “Os marcos regulatórios que regem hoje os métodos consensuais no Brasil são três: a) a Resolução n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça, que – embora em nível de norma administrativa – instituiu e continua regendo a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos e b) os novos dispositivos do CPC; c) as normas sucessivamente promulgadas da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015). Em sua grande maioria, as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares, aplicando-se suas disposições à matéria. Mas há alguma incompatibilidade entre poucas regras do novo CPC ou da Resolução em comparação com as da Lei de Mediação, de modo que, quando entrarem em conflito, as desta última deverão prevalecer (por se tratar de lei posterior, que revoga a anterior, e de lei específica, que derroga a genérica, bem como da prevalência da lei na hierarquia dos atos administrativos). Apesar disto, pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos formado pela Resolução n.º 125, pelo CPC de 2015 e pela lei de mediação, naquilo que não conflitarem.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidade. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, Jan./Mar., 2016. p. 15-36.)

⁵²¹ TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 50.

dupla⁵²². Tal lição deve ser observada também em relação ao §2º do art. 1.046 do CPC/2015, o qual estabelece que: “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

Desse modo, o §2º do art. 1.046 do CPC/2015 traz uma regra de complementariedade recíproca entre as disposições do Código e da legislação extravagante.

Tal relação dialógica de complementação e reciprocidade também pode ser estabelecida entre o procedimento comum e os procedimentos especiais do próprio Código, notadamente diante do disposto no §2º do art. 327 do CPC/2015, o qual estabelece a possibilidade de utilização de técnicas especiais, sejam elas de procedimentos especiais do Código ou de legislação extravagante⁵²³, no bojo do procedimento comum.

Art. 327. [...] §2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Dessa forma, verificada a relação de complementariedade entre o procedimento comum e os procedimentos especiais – codificados ou não –, associada à cláusula geral de negociação processual e à cumulação de pedidos de procedimentos distintos, impõe-se o reconhecimento de uma ampliação da disponibilidade do procedimento especial, em favor de um modelo de fungibilidade procedimental.

De outro lado, a maior flexibilidade do procedimento também aponta no sentido de rejeitar a ideia tradicional de taxatividade dos procedimentos especiais.

[...]

Portanto, não sendo possível reduzir o fenômeno da adaptabilidade procedimental apenas à via legislativa, e sendo certo que a tarefa de adaptar o procedimento pode ser negocial, as partes passam a poder definir se adotarão ou não o procedimento comum, mesmo na existência de procedimento especial.

⁵²² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 94.

⁵²³ Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC – n.º 506: “A expressão “procedimentos especiais” a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial.”

Dentro dessa lógica de aumento da disponibilidade, não se pode concordar com a ideia, frequentemente encontrada na literatura, segundo a qual, em sendo previsto procedimento especial, sua utilização pelas partes seria sempre obrigatória.⁵²⁴

Todavia, tal fungibilidade não é irrestrita. Não poderá haver o abandono da técnica especial, por quaisquer das partes, quando a técnica tiver sido instituída em favor de terceiros. O autor também não poderá abdicar da técnica especial instituída em favor do réu, quando esse não participar do ato de flexibilização. Também não será possível a utilização de procedimento especial quando se verificar deliberado abuso de direito com o escopo de perseguir objetivo distinto daquele para o qual o procedimento foi instituído⁵²⁵.

Conforme já referido, segundo Fernando Gajardoni, o CPC/2015 admitiria as seguintes modalidades de flexibilização, desde que observados os requisitos da finalidade, do contraditório, da motivação e da subsidiariedade: *a) flexibilidade legal alternativa*: no qual o magistrado opta entre os procedimentos disponibilizados pelo legislador; *b) flexibilização legal genérica mitigada*, restrita a duas hipóteses: *b.1.)* aumento de prazos; e *b.2.)* inversão da produção dos meios de prova; *c) flexibilização voluntária do procedimento*: cláusula geral de negócio jurídico processual; e *d) flexibilização judicial do procedimento*: regra implícita autorizativa de modelação do procedimento pelo juiz, ao qual cabe eleger os atos que serão praticados – somente é admitida em caráter subsidiário e excepcional⁵²⁶.

Com a devida vênia, ao contrário do sustentado por referido autor, parece haver duas hipóteses de *flexibilização legal genérica* (não mitigada) no CPC/2015.

⁵²⁴ DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. 2018. p. 82-84.

⁵²⁵ “Esse agir abusivo demonstra evidente desvirtuamento do emprego do procedimento especial de prestação de contas mercantis. Essa ação, de rito especial, é utilizada, em casos como esses, não como um mecanismo procedimental vinculado a uma específica situação de direito material, mas como um “atalho” para se chegar à revisão de contratos e de suas cláusulas, fugindo do procedimento padrão. Há, portanto, abuso do direito de agir, no sentido de se abusar de procedimento especificamente destinado a uma determinada espécie de situação de direito material, para, com ele, se obter, por via mais curta, aquilo que pelo procedimento comum poder-se-ia obter com amplo contraditório. Desse modo, o manejo da ação de prestação de contas, como mecanismo destinado a revisar cláusulas contratuais, constitui ilícito funcional, pois o direito de ação, na hipótese, é exercido de modo desconforme aos padrões tidos como razoáveis para que desse procedimento especial a parte lance mão.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. **Revista de Processo**, vol. 204. Fev., p. 51-73, 2012..).

⁵²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 259-261.

A primeira hipótese estaria contida no parágrafo único do art. 723 do CPC/2015⁵²⁷, que reproduz parcela do comando do art. 1.109 do CPC/1973⁵²⁸, sobre o qual recaía divergência, na jurisprudência e na doutrina, de duas ordens: se a regra era aplicável ao direito material ou processual⁵²⁹; e qual a extensão da autorização dada ao juiz para se afastar da legalidade estrita⁵³⁰.

Em que pese não seja autorizada a leitura do parágrafo único do art. 723 do CPC/2015 desvinculada do *caput*, cumpre se observar que o atual Código cindiu o comando do art. 1.109 do CPC/1973 em dois comandos separados, fortalecendo a interpretação de que a autorização para o juiz inobservar o critério da legalidade estrita não se restringe apenas à decisão de direito material, podendo ser estendida ao procedimento, notadamente diante da leitura do dispositivo no seio do novo sistema de flexibilidade procedimental.

Admitida a possibilidade de *flexibilização legal genérica* nos procedimentos de jurisdição voluntária⁵³¹, com fundamento no parágrafo único do art. 723 do CPC/2015,

⁵²⁷ Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

⁵²⁸ Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

⁵²⁹ Theotonio Negrão e José Roberto Gouvêa apresentam dois julgados sobre o tema: o primeiro vincula a aplicação do art. 1.109 do CPC/1973 à atividade processual, enquanto o segundo veda a aplicação do dispositivo à atividade processual, em razão de desrespeito ao contraditório. (NEGRÃO, Theotonio; GOUVEIA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processo em vigor**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1081). Na doutrina, Ernane Fidélis Santos entende que o art. 1.109 do CPC/1973 não autorizava ao juiz alterar o direito material, mas possibilitava a alteração das normas de procedimento. (SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 375-376), enquanto Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim entendiam que a desvinculação da legalidade estrita estava restrita ao ato de decidir (ALVIM; ASSIS; ALVIM. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2014. p.1.788).

⁵³⁰ Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o art. 1.109 do CPC/1973, ao desobrigar o juiz de observar o critério de legalidade estrita, possibilitava o julgamento de acordo com a sua oportunidade e conveniência, ainda que contrariamente à lei (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 30-31.). Em sentido contrário, Humberto Dalla Bernardina de Pinho confere interpretação restritiva ao defender que o art. 1.109 do CPC/1973 não autoriza o julgamento contra a lei, mas apenas confere maior liberdade para o juiz se utilizar da equidade em situações discricionárias (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**: processo de conhecimento, cautelar, execução procedimentos especiais. Vol. 2. São Paulo Saraiva, 2012. E-book). Cassio Scarpinella Bueno defende que o art. 1.109 do CPC/1973 confere a possibilidade de o juiz julgar com base em valores dispersos por todo o ordenamento. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil; Juizados Especiais**. Vol. 2. Saraiva: São Paulo, 2011. p.194)

⁵³¹ Conforme admitido pelo próprio Fernando Gajardoni em sua tese de doutoramento. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 164-167. 2007. Disponível em

convém se salientar que essa não pode se proceder em contrariedade à lei – pois há a necessidade de preservação das técnicas especiais que favoreçam quaisquer das partes ou que visem à proteção de terceiros –, nem em contrariedade aos negócios processuais válidos celebrados pelas partes (parágrafo único do art. 190 c/c caput do art. 200, ambos do CPC/2015).

Note-se que o parágrafo único do art. 723 do CPC/2015, apesar de conferir a possibilidade de o juiz se afastar do critério de legalidade estrita, não autoriza o julgamento do mérito contra a lei, mas admite a resolução do mérito – seja por julgamento ou por homologação de acordos – de formas que, originalmente, não seriam possíveis, bem como autoriza a adaptação do procedimento através da importação de técnica de procedimento distinto, desde que adequado ao caso concreto.

Assim, requerido o divórcio consensual cumulado com partilha de bens por cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, o juiz não poderia negar a homologação da partilha, sob o fundamento de que apenas um dos cônjuges trabalhava e que, portanto, seria injusta a divisão do patrimônio amealhado apenas com os seus rendimentos, dado que tal decisão seria manifestamente *contra legem*.

Por outro lado, é possível, por ocasião da partilha, os cônjuges acordarem, em favor do filho comum, a doação do imóvel que seria partilhado. O juiz jamais poderia julgar a partilha dessa forma, conferindo as meações dos cônjuges a terceiros, por ausência de previsão legal. Todavia, a homologação do acordo – que também é decisão resolutiva do mérito, a teor do art. 487, III, do CPC/2015 – se mostra possível, haja vista que tal solução, apesar de não prevista como possível para a partilha de bens, não encontra óbice no ordenamento jurídico, visto que possui fundamento de validade no capítulo dos contratos do Código Civil.

A segunda possibilidade de *flexibilização legal genérica* consta do art. 139, V, do CPC/2015, o qual confere poder ao juiz para “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Note-se que referido dispositivo não impõe um mero dever de admitir a autocomposição, a qualquer tempo (postura passiva). Tal comando determina uma postura ativa do juiz na promoção da autocomposição.

A interpretação de tal dispositivo, conjugado com os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC/2015 – os quais estabelecem que a solução consensual será promovida, sempre que possível, por todos os sujeitos processuais, inclusive no curso do processo judicial –, impõe o reconhecimento de uma hipótese de flexibilização legal genérica, segundo a qual o magistrado poderá flexibilizar o procedimento, a qualquer tempo, para promover a autocomposição.

Cumpra-se advertir que todo poder encontra limitações, sob pena de se traduzir em arbítrio. Assim, apesar da possibilidade de o juiz promover a autocomposição a qualquer tempo, tal poder não pode ser exercido com prejuízo das técnicas especiais que favoreçam quaisquer das partes ou de terceiros, nem contra a vontade das partes, manifestada em negócios jurídicos processuais ou na forma do §4º do art. 334 do CPC/2015.

Nesse sentido, apesar de o art. 319 do CPC/2015 se situar no título do procedimento comum, por óbvio, tem aplicação em todos os procedimentos do Código, os quais, em princípio, apenas adicionam requisitos à petição inicial. Excepcionalmente, alguns dos incisos desse artigo podem ser afastados ou adaptados aos procedimentos especiais, como, *v.g.*, ocorre com a adaptação do inciso I em relação aos interessados nos procedimentos de jurisdição voluntária – nos quais, geralmente, não há as figuras de autor e réu – ou o afastamento do inciso VII nos procedimentos das ações de família e nas possessórias multitudinárias – procedimentos nos quais a mediação é obrigatória.

Desse modo, o requisito do inciso VII do art. 319 deve ser observado pelo juiz, em caso de ambas as partes se manifestarem contrárias à tentativa de solução consensual.

Observadas tais restrições, a flexibilização procedimental pode se mostrar útil não apenas para viabilizar a obtenção de uma possível solução consensual, em detrimento de uma decisão adjudicada, mas, principalmente, para afastar os grandes problemas afetos ao acordo.

A partir da experiência americana, Owen Fiss defende a existência de quatro principais problemas, de ordem qualitativa, nos acordos: 1) o desequilíbrio de poder;

2) a ausência de consentimento legítimo; 3) a falta de uma base para o envolvimento judicial continuado; 4) a necessidade de justiça em vez da paz.

Primeiro, mesmo como uma questão puramente quantitativa, duvido que o número de casos a que estou me referindo seja trivial. Meu universo que inclui aqueles casos nos quais existem significativas desigualdades de distribuição da riqueza; aqueles nos quais é difícil de criar um consenso legítimo, porque organizações ou grupos sociais são partes no litígio ou porque o poder de realizar um acordo está investido em agentes autônomos; aqueles casos nos quais a corte deve continuar supervisionando as partes após o julgamento; e aqueles nos quais a justiça precisa ser feita ou, para colocar de forma mais modesta, em que exista uma verdadeira necessidade social de uma interpretação legítima do direito. Imagino que o número de casos que satisfaça um desses quatro critérios seja considerável; em comparação ao tipo de caso ilustrado na história da solução de controvérsias, eles provavelmente dominam a pauta de um sistema judiciário moderno.⁵³²

Tal autor centra sua observação acerca do desequilíbrio de poder, principalmente, na disparidade de recursos, os quais poderiam influir no acordo, de modo negativo, de três formas: 1) dificuldade de reunir e analisar informações necessárias ao processo de negociação; 2) necessidade imediata do bem da vida almejado; 3) insuficiência de suportar o financiamento do processo⁵³³.

Já a ausência de consentimento legítimo se verificaria em questões envolvendo entidades e coletividades, em que se verificassem problemas por ausência de representação adequada ou ausência de poder de decisão, ou, ainda, quando o acordo busca encobrir outro objetivo ilegítimo, *v.g.*, quando um presidente de uma sociedade empresária celebra acordo para evitar a descoberta, através da produção probatória do processo judicial, de fato contrário à sua administração e de interesse dos acionistas⁵³⁴.

A falta de uma base para o envolvimento judicial continuado ocorre quando as partes consideram o acordo apenas uma parte de uma longa e contínua batalha maior, hipótese na qual não se verifica a pacificação do conflito, mas apenas a mudança dos termos do conflito e do equilíbrio de poder⁵³⁵.

⁵³² FISS. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Coord. de Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

⁵³³ FISS. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** 2004. p. 124-128.

⁵³⁴ FISS. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** 2004. p. 128-134.

⁵³⁵ FISS. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** 2004. p. 134-139.

Há casos, ainda, em que o acordo não se mostra um substituto perfeito para a decisão adjudicada, pois pode existir um interesse social na realização do julgamento que prejudique o acordo, o qual pode trazer paz em um caso específico, mas acarretar a perpetuação de conflitos de igual natureza⁵³⁶.

Em relação a esse último problema, calha se observar que, conforme já referido, sob a égide do CPC/73, o STJ chegou a se manifestar no sentido de não admitir a desistência do recurso afetado ao regime de recursos repetitivos, sob o fundamento de que haveria interesse público na definição da tese⁵³⁷. Para pôr termo a essa celeuma, o CPC/2015 trouxe regra que buscou estimular a autocomposição, sem impedir o julgamento da questão revestida de interesse público, nos termos do §1º do art. 976 e do parágrafo único do art. 998, os quais estabelecem, respectivamente, que: “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”; “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”.

Apesar de tais dispositivos se destinarem à regulamentação da desistência em processos nos quais tenha ocorrido a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em que o recurso tenha sido afetado ao rito dos recursos repetitivos, a sua aplicação deve ser mais ampla. Na verdade, deve ser conferida interpretação analógica ao dispositivo para que tais técnicas sejam estendidas a todas as espécies de autocomposição, pois a preservação do interesse da coletividade deve ocorrer não apenas na hipótese de desistência do recurso, mas também quando houver renúncia, transação ou qualquer outro tipo de acordo que possa inviabilizar o estabelecimento da tese pelo tribunal.

Por sua vez, os outros três vícios dos acordos – dificuldade de reunir e analisar informações necessárias ao processo de negociação, necessidade imediata do bem

⁵³⁶ FISS. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. 2004. p. 139-142.

⁵³⁷ Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. (STJ – Corte Especial - QO no REsp 1063343 / RS – Ministra Nancy Andrichi – Julgamento: 17/12/2008 – DJe 04/06/2009)

da vida almejado e insuficiência financeira – podem ser agrupados na categoria de “situações de necessidade”.

Cumpra-se esclarecer que o presente trabalho adota a noção de necessitado em sentido amplo, como gênero do qual são espécies a vulnerabilidade e a hipossuficiência.

A expressão 'necessitados' (art. 134, *caput*, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana.⁵³⁸

Ademais, verifica-se, na jurisprudência, uma distinção entre os conceitos “vulnerabilidade” e “hipossuficiência”, que residiria nos planos de atuação, sendo certo que a vulnerabilidade se apresenta como uma noção afeta ao direito material, enquanto a hipossuficiência se mostra vinculada ao direito processual.

Acerca do *meritum causae*, é importante deixar consignado que a relação jurídica estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor, tendo em conta a relevante circunstância de que o mesmo não participou, sequer implicitamente, da elaboração do conteúdo contratual, tratando-se, pois, de típico contrato de adesão.⁵³⁹

Clarificando tais conceitos, cumpre trazer à colação o escólio de Claudia Lima Marques, para quem a vulnerabilidade pode ser técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica ocorre quando o indivíduo não possui conhecimentos específicos sobre o objeto do contrato, quanto às suas características e utilidade. Apesar de segmento da doutrina elencar a vulnerabilidade informacional como

⁵³⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012.

⁵³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1293006/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 21.06.2012, DJe 29.06.2012.

espécie autônoma de vulnerabilidade, a autora indica essa vulnerabilidade como espécie do gênero vulnerabilidade técnica⁵⁴⁰. A vulnerabilidade jurídica ou científica corresponde à ausência de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia específicos. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica se manifesta através do desequilíbrio econômico ou da essencialidade da sua conduta (no caso do mercado de consumo, pela essencialidade do serviço ou do produto)⁵⁴¹.

O conceito de vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, visto que este se apresenta como noção processual de necessitado. Contudo, não se pode ignorar que o conceito de hipossuficiente tem admitido diferentes abordagens na doutrina⁵⁴². Claudia Lima Marques leciona que a hipossuficiência deve ser compreendida como a visão processual da vulnerabilidade fática, vinculando a hipossuficiência a um critério econômico⁵⁴³. Por outro lado, Rizzatto Nunes ressalta que o Código de Defesa do Consumidor, ao autorizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente, o fez a partir de um critério técnico e não econômico⁵⁴⁴. Judith Martins Costa, por sua vez, defende que a hipossuficiência não é um conceito, exclusivamente, socioeconômico, apesar de se apresentar, de forma mais comum, nessa sua vertente⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95. Set./ Out., p. 99-145, 2014.

⁵⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 270.

⁵⁴² TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. p. 168-171.

⁵⁴³ MARQUES. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2002. p. 270.

⁵⁴⁴ "A vulnerabilidade, como vimos, é conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc." (NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227-228)

⁵⁴⁵ "Para bem compreender a sua extensão desde logo é importante distingui-la de outro conceito também inserto no Código de Defesa do Consumidor, com o qual por vezes é equivocadamente confundida: "vulnerabilidade" não significa o mesmo que "hipossuficiência" (art. 6º, VIII, CDC). Um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas. Nem todo o consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência - a qual se pode medir por graus - se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas "regras ordinárias de experiência" e em seu suporte fático encontra-se, comumente, elemento de natureza sócio econômica." (COSTA, Judith Martins. A "guerra" do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambiguidade das peças publicitárias patrocinadas pelos curso pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 6. Abr./Jun., p. 219-231, 1993.)

De fato, a hipossuficiência não se restringe ao seu viés econômico – embora seja mais comum a referência legislativa a essa espécie –, dado que é possível a identificação das modalidades de hipossuficiência técnica e jurídica, conforme bem ilustrado pelo CPC/2015, o qual distingue as três espécies de hipossuficiência, bem como diferencia a hipossuficiência da vulnerabilidade.

Assim, a vulnerabilidade foi referida no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, o qual autoriza ao magistrado o controle da validade das convenções processuais nas hipóteses de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Por outro lado, a hipossuficiência foi referida nos artigos: 105, *caput*; 300, §1º; 554, §1º; 554, §1º; 559; 678, parágrafo único. Em todas as vezes em que figurou no CPC/2015, o legislador se valeu das expressões “hipossuficiência econômica” ou “economicamente hipossuficiente”. Assim, em que pese o CPC/2015 apenas trabalhe, expressamente, com a hipossuficiência econômica, deve-se reconhecer que tal diploma também reconhece outras espécies de hipossuficiência, pois, caso contrário, não seria necessário se explicitar o caráter econômico da hipossuficiência, nos dispositivos anteriormente citados.

Ademais, salta aos olhos que, implicitamente, o Código trabalha com outras modalidades de hipossuficiência no art. 373, ao autorizar que o juiz distribua os ônus da prova de forma diversa da regra geral do *caput*. Assim, a transferência do ônus probatório, de uma parte à outra, apresenta-se como uma manifestação de hipossuficiência técnica.

Outra manifestação de hipossuficiência técnica diz respeito à autorização conferida ao curador especial para contestar por negativa geral, sem cumprir com o ônus da impugnação específica dos fatos, expressa no parágrafo único do art. 341 do CPC/2015.

Ressalte-se que a autorização para a não realização da impugnação específica dos fatos é uma forma de hipossuficiência técnica. Todavia, a curadoria especial, em si mesma considerada, é manifestação de hipossuficiência jurídica⁵⁴⁶. Esta irá se manifestar através da assistência judiciária, a qual não se confunde com a assistência

⁵⁴⁶ “A hipossuficiência jurídica decorre comumente do fato de a parte não se encontrar representada no processo judicial por profissional da advocacia. É o momento processual em que a parte se encontra literalmente só.” (LIMA, Frederico. **Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 193.)

jurídica, uma vez que esta é mais ampla do que aquela e abarca a atividade extrajudicial⁵⁴⁷.

A curadoria especial é modalidade de hipossuficiência jurídica que não se relaciona com a hipossuficiência financeira. Nesse sentido, ela é função institucional privativa da Defensoria Pública, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra fundamento na Teoria Distintiva, haja vista que a curadoria especial apresenta variação na sua natureza jurídica, a depender da sua hipótese legal de atuação. Assim, a curadoria especial teria natureza jurídica de legitimação extraordinária nas seguintes hipóteses: (1) réu preso (art. 72, II, 1ª parte, do CPC/2015); (2) réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II, 2ª parte, do CPC/2015); (3) ausente (art. 671, I, do CPC/2015). Por outro lado, a natureza jurídica do curador especial seria de representação processual nos casos de: (4) incapaz sem representante legal (art. 72, I, 1ª parte, do CPC/2015, e art. 142, parágrafo único, 2ª parte, do ECRID); (5) incapaz cuja representação estiver comprometida pela colidência de interesses (art. 72, I, 2ª parte, do CPC/2015, e art. 142, parágrafo único, 1ª parte, do ECRID); (6) citando impossibilitado de receber citação (art. 245 do CPC/2015); (7) incapaz, quando concorrer na partilha com o seu representante legal (art. 671, II, do CPC/2015); e (8) interdição (art. 752, §2º, do CPC/2015)⁵⁴⁸.

Portanto, apesar de ser comum a confusão entre a hipossuficiência econômica e a jurídica, em razão de o hipossuficiente econômico, geralmente, também se apresentar como hipossuficiente jurídico, os conceitos podem caminhar separados. Um bacharel em direito pode ser hipossuficiente econômico, mas não ser jurídico. Ao contrário, o beneficiário da curadoria especial é hipossuficiente jurídico e pode ou não ser hipossuficiente econômico. Da mesma forma, na tutela coletiva, a legitimação extraordinária se justifica em razão de uma hipossuficiência jurídica (organizacional)⁵⁴⁹, podendo ou não favorecer hipossuficientes econômicos. Nem

⁵⁴⁷ “Assim, enquanto a assistência judiciária é prestada estritamente na esfera judicial, a assistência jurídica é prestada extensivamente onde estiver o direito. Por esta razão, o conceito de assistência jurídica, além de englobar a própria noção de assistência judiciária, abrange também a atividade assistencial pré-judicial ou pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária.” (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: de acordo com a EC 74/2013. 2014. p. 96)

⁵⁴⁸ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo código de processo civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia. **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 129-124.

⁵⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer acerca do objeto da ADI 3943 que questionava a constitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 11.488/2007**. Set., 2008. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/>>

todo hipossuficiente jurídico poderá se valer da dispensa de impugnação específica dos fatos, não se vislumbrando hipossuficiência técnica.

Feitas tais considerações, cumpre se observar que, para a correção desses desequilíbrios – decorrentes de situações de necessidade –, o ordenamento jurídico possui diversas técnicas espalhadas pelos mais variados diplomas e microssistemas, os quais podem manter contato com o microssistema de autocomposição, fornecendo-lhe as técnicas e os procedimentos de correção.

Assim, quando evidenciado o desequilíbrio entre as partes, por uma delas ser vulnerável ou hipossuficiente, seria possível exigir que a redação das cláusulas do acordo que contenham caráter dispositivo de direito fossem redigidas com destaque, de modo a permitir a sua imediata e fácil compreensão, conforme disposto no §4º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata de importação de técnica aleatória, mas diálogo de fontes operado pelo CDC com o art. 2º, inciso VIII, da Lei de Mediação, e com o art. 5º do CPC/2015, os quais consagram o princípio da boa-fé.

Da mesma forma, visando a reequilibrar situações de desequilíbrio de poder, mostra-se possível o diálogo de procedimentos entre a CLT e o CPC/2015, visto que ambos preveem um procedimento de homologação de autocomposição extrajudicial.

O CPC/2015 prevê o procedimento de “homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza e valor” no art. 725, VIII, mas não o regulamenta, deixando a cargo dos sujeitos processuais a sua adequação ao caso concreto. A Lei 13.467/2017, por sua vez, inseriu na CLT um similar procedimento de “homologação de acordo extrajudicial”, nos artigos 855-B a 855-E.

A importação do procedimento da CLT pelo CPC/2015 se justifica pela regra expressa de supletividade do art. 15 do CPC/2015, que estabelece uma via de mão dupla entre os diplomas, mas também com fundamento no diálogo entre os procedimentos que, no caso, pode se operar, em razão da conjugação da cláusula geral de tratamentos adequados de conflitos (art. 3º da CPC/2015) com os princípios da isonomia entre as partes e do contraditório (art. 2º da Lei de Mediação e art. 7º do CPC/2015).

Assim, o diálogo entre os procedimentos não deverá se operar sempre, mas apenas quando o magistrado ou as partes verificarem um desequilíbrio de poder que

possa viciar a vontade manifestada por essas, visto que o processo do trabalho tem por escopo regulamentar conflitos trabalhistas, os quais são caracterizados pela presunção de desequilíbrio de poder entre empregado e empregador.

Desse modo, o CPC/2015 poderia importar o procedimento da CLT para outros casos em que se verifique situação de vulnerabilidade e, por consequência, desequilíbrio na negociação, como, por exemplo, em processos de família em que exista histórico de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nessas hipóteses, a importação de técnicas se mostraria adequada para impedir que vítima e agressor fossem representados por advogado comum, especialmente se custeado por esse último, tal qual vedação expressa no §1º do art. 855-B da CLT. Outra opção seria a designação de audiência, a teor do 855-D da CLT, para que o juiz pudesse analisar as condições em que a vontade está sendo manifestada.

Seria possível, ainda, para essa mesma hipótese, a designação de Defensor Público para atuar como *custos vulnerabilis*, independentemente de as partes estarem representadas por advogados, com fundamento no art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar n.º 80/94 e do art. 134, *caput*, da CRFB.

[...] a intervenção do defensor público, enquanto representante do Estado Defensor, vai muito além da substituição do advogado privado, sendo possível – além da já conhecida legitimidade coletiva –, a intervenção institucional com lastro em seu interesse institucional [...]⁵⁵⁰

Assim, para Maurilio Casas Maia, a intervenção como *custos vulnerabilis*, fundada em interesse institucional, não se restringe a uma legitimação coletiva e pode ocorrer em processos individuais, posição essa que se mostra em harmonia com a nova amplitude constitucional da Defensoria Pública, a qual foi observada pelo CPC/2015, ao dispor no art. 185 que: “A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita”.

Segundo Jorge Bheron Rocha, a intervenção como *custos vulnerabilis* acima não se confunde com o *amicus curiae*:

Diferencia-se o atuar como *custos vulnerabilis* daquele efetivado como *amicus curiae*, porque neste a Defensoria Pública atua como amigo da

⁵⁵⁰ MAIA, Maurílio Casas. A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORREA, André L. Costa; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda (Org.). **Direitos e Garantias Fundamentais**. 1ª ed. Birigui: Ed. Boreal, 2015, p. 187.

corde, possui restrição recursal aos embargos de declaração e necessita comprovar a repercussão social da controvérsia, enquanto que, naquela, trata-se de atuação em prol do vulnerável, sendo também cabível interpor todo e qualquer recurso (até porque, muitas vezes, a própria instituição poderia ter ajuizado a demanda em nome próprio, como nos casos de ações civis públicas ou Habeas Corpus) e, ainda, porque a demanda pode ter cunho exclusivamente individual, relacionado à dignidade humana e aos direitos fundamentais da pessoa.⁵⁵¹

Nesse sentido, a doutrina tem indicado a intervenção do §1º do art. 554 do CPC/2015 como espécie da modalidade interventiva *custos vulnerabilis*, na qual a expressão “hipossuficiência econômica” deve ser admitida em caráter meramente exemplificativo, para abranger outras modalidades de vulnerabilidades⁵⁵².

O §2º do art. 565 do CPC/2015 dispõe, ainda, que a Defensoria Pública deverá ser intimada, quando houver parte “beneficiária da gratuidade de justiça”. Tal dispositivo legal padece de impropriedade técnica, visto que o deferimento da gratuidade de justiça em favor de qualquer das partes, por si só, não atrai a intervenção da Defensoria Pública, razão pela qual José Augusto Garcia de Sousa defende que a expressão acima referida deve ser interpretada como parte beneficiária de assistência jurídica gratuita⁵⁵³. Nesse sentido, assiste razão a Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves ao defenderem que a previsão do §2º do art. 565 do CPC/2015 não se confunde com a hipótese interventiva do §1º do art. 554 do CPC/2015, porquanto aquele tem por escopo apenas reforçar a prerrogativa de intimação pessoal constante do art. 186 do CPC/2015⁵⁵⁴.

Note-se que o art. 565, §4º, do CPC/2015 fornece outra possibilidade de diálogo de procedimentos, o qual pode se operar em relação a outros conflitos que possuam similitude, em sua estrutura, com os conflitos das ações possessórias multitudinárias. Tal dispositivo prevê a possibilidade de intimação dos órgãos do poder público responsáveis pela política agrária e urbana, para comparecerem em audiência de

⁵⁵¹ ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como *custos vulnerabilis* e a advocacia privada. **CONJUR**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em 11/03/2019.

⁵⁵² MAIA, MAURILIO CASAS. Defensoria Pública no novo código de processo civil (NCPC): primeira análise. **Revista de Processo**. vol. 265. Mar. 2017. p. 301-341.

⁵⁵³ SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidade –, para uma instituição enfim essencial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 5, p. 496.

⁵⁵⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: Sousa, José Augusto Garcia de (coord.). DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 337.

mediação, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e acerca da possibilidade de solução para o conflito.

Acerca de tal dispositivo, Rodrigo Mazzei e Bruno Marques defendem que a intimação não deve se restringir aos órgãos responsáveis pela política agrária e urbana, podendo ser ampliada para atrair a atuação de outros órgãos públicos vinculados ao licenciamento ambiental e urbanístico⁵⁵⁵.

Em adição a tal posicionamento, cumpre se salientar que a participação de outros órgãos de assistência social pode se mostrar tão importante quanto a presença do órgão de política agrária e urbana, visto que o cumprimento da sentença ou da decisão de tutela de urgência podem dar ensejo ao nascimento de diversos outros conflitos, tal qual observado após o cumprimento do mandado de reintegração de posse realizado em Barra do Riacho, Aracruz/ES, no ano de 2011, onde aproximadamente 313 famílias ficaram desalojadas e passaram a ocupar espaços públicos próximos ao imóvel objeto da reintegração, ocasionando uma série de transtornos à população local⁵⁵⁶.

Tal técnica não pode se restringir apenas às ações possessórias multitudinárias, porque diversos outros conflitos coletivos *lato sensu* podem necessitar do emprego desse procedimento, o que, em última análise, representa a concretização do disposto no §2º do art. 515 do CPC/2015, o qual estabelece que: “A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”.

Outra hipótese de audiência obrigatória reside no procedimento de homologação de penhor legal, na forma dos arts. 703, §1º, e 705 do CPC/2015. Tais dispositivos se referem a uma audiência preliminar designada para que o réu oferte contestação, momento a partir do qual o procedimento observará o rito comum.

Trata-se de audiência de mediação ou conciliação obrigatória, pois os dispositivos não apresentam as exceções contidas no §4º do art. 334 do CPC/2015, sendo certo que a designação “preliminar” deve-se ao fato de ela ser preliminar à

⁵⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Org.). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2, p. 410.

⁵⁵⁶ Reintegração de posse deixa 313 famílias desabrigadas em Barra do Riacho. **Gazeta Online**, Espírito Santo, 23 de ago. de 2016. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/repotagens/2016/05/reintegracao-de-posse-deixa-313-familias-desabrigadas-em-barra-do-riacho-1013941773.html>. Acesso em 11 de março de 2019.

adoção do procedimento comum, pois tal ato processual funde as audiências de conciliação e mediação com o momento da oferta da contestação.

[...] A propósito do tema, parece-nos plenamente viável a transformação da audiência preliminar em audiência destinada à conciliação ou à mediação, que, em razão das suas especificidades, pode acontecer em única ou em mais sessões, não podendo, todavia, exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira (art. 334, §2º). Outro ponto relevante, que pode ser aqui mencionado, concerne ao art. 334, §4º, pois nele estão dispostas as hipóteses que dispensam a designação da audiência de conciliação ou mediação (“ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição”). Ainda que efetivamente ocorrentes na ação de homologação do penhor legal, a audiência preliminar não será dispensável, uma vez que foi estipulado pelo legislador como fase obrigatória do procedimento.⁵⁵⁷

Desse modo, a técnica especial reside na supressão do prazo de contestação do réu, o que, por óbvio, objetiva conferir celeridade ao procedimento, através da concentração dos atos.

Não admitir que a audiência preliminar se destine à mediação e conciliação subtrairia toda a lógica do procedimento, porquanto não parece razoável que o legislador estabeleceria uma audiência apenas para o réu ofertar contestação, pois, obviamente, tal *iter* procedimental criaria retardo injustificado ao andamento do processo.

O CPC/2015 prevê, ainda, outra hipótese de audiência obrigatória no seio do procedimento especial das ações de família, prevista nos arts. 693 a 699 do CPC/2015, uma vez que também não comporta as exceções do procedimento comum do art. 334, §4º, I e II, do CPC/2015 – dupla concordância com a não realização da tentativa de solução consensual e quando não for admissível a autocomposição.

Nesse sentido, calha se observar que não há qualquer dispositivo estabelecendo, de forma expressa, que a mediação é obrigatória nos procedimentos de família. Tal conclusão decorre da constatação de que o art. 695, *caput*, do CPC/2015 repete a regra geral do procedimento comum, prevista no *caput* do art. 334, sem, contudo, repetir as exceções do §4º desse artigo. Portanto, se não há regra autorizando a dispensa da sessão de mediação nos procedimentos de família, a única conclusão a que se pode chegar é a de que ela é obrigatória⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016. p. 873.

⁵⁵⁸ CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Comentários ao art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de

Ademais, nesse procedimento, não houve referência à conciliação, mas apenas à mediação, o que nos permite concluir que a opção do legislador pela obrigatoriedade da mediação se deve ao reconhecimento da importância do vínculo oriundo das relações de família, a qual é tida como base da sociedade e, por tal razão, digna de especial proteção do Estado, na forma do art. 226 da Constituição Federal.

Ocorre que os conflitos surgidos no seio familiar podem não ter vinculação apenas com o Direito de Família, podendo se manifestar em outros espaços de convivência social. É o que se verifica nas sociedades empresárias ou simples constituídas a partir de quadro societário formado por pessoas que mantêm, entre si, vínculos familiares.

Nessa hipótese, a audiência de mediação obrigatória do procedimento das ações de família também deve ser realizada no bojo do procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, sob a rubrica da ação de dissolução parcial de sociedade, o CPC/2015 disciplina, na verdade, duas modalidades distintas de demandas, as quais podem ser deduzidas de forma autônoma ou cumulada: a ação de dissolução parcial de sociedade e a ação para a apuração de haveres. Ademais, podem ser propostas em três hipóteses distintas: 1ª) retirada do sócio – motivada e imotivadamente –, quando manifesta sua vontade de se retirar; 2ª) exclusão do sócio em razão de fato grave que lhe seja imputável ou por sua incapacidade superveniente; 3ª) morte do sócio⁵⁵⁹.

Esse procedimento foi instituído pelo CPC/2015 e não encontra correspondente no código antecedente. Como ensina Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves, o CPC/1939 previu apenas o procedimento de ação de dissolução total de sociedade, o qual continuou regendo tal relação jurídica, com eficácia ultrativa, sob a égide do CPC/1973, uma vez que esse não trouxe regulamentação específica sob o tema e se limitou a determinar, por seu art. 1.218, VII, a continuidade daquele procedimento⁵⁶⁰.

Janeiro: Forense, 2015. p. 1005 / VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set., p. 197-208, 2015.

⁵⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 179-180.

⁵⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo; GONGALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 282. Ago., 2018. p. 383-407.

Apesar de já admita pela jurisprudência, apenas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 se estabeleceu um regramento material da dissolução parcial de sociedade, nos artigos 1.028 a 1.032, sendo certo que, pela ausência de normas processuais acerca do tema, o procedimento das ações de dissolução total – previsto no CPC/39 – passou a ser aplicado à ação de dissolução parcial⁵⁶¹.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, esse cenário se altera, dado que, além de instituir, pela primeira vez, o procedimento de ação de dissolução parcial de sociedade, estabelece, no §3º do art. 1.046, que o procedimento de dissolução total da sociedade passa a se reger pelo procedimento comum. Apesar do disposto nesse artigo, a doutrina tem defendido a possibilidade de aplicação do procedimento das ações de dissolução parcial na dissolução total, em razão de aquele seguir o rito comum a partir da apresentação da contestação⁵⁶².

O procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade não prevê audiência de conciliação ou mediação. Todavia, não se pode considerar que a técnica especial desse procedimento residiria, exatamente, na necessária supressão dessa audiência. Como bem assevera Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a importância desse procedimento residiria no fornecimento de ferramentas ao magistrado para julgar a apuração do valor das cotas e a fixação data da resolução da sociedade.

Em verdade, a grande função dessa demanda – e o seu diferencial em relação ao procedimento comum – é o oferecimento de ferramentas ao magistrado para que possa definir duas questões que são essenciais no processo de apuração de haveres do sócio que deixa a sociedade: a forma de apuração do valor das quotas devidas e o momento em que se deve ter por ocorrida a dissolução parcial (art. 604 do CPC).⁵⁶³

Portanto, não se deve compreender a ausência de previsão da audiência de conciliação ou mediação como vedação à sua designação, pois a verdadeira

⁵⁶¹ MAZZEI; GONGALVES. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015. 2018. **Revista de Processo**. p. 383-407.

⁵⁶² “A ausência de rito especial para o pedido de dissolução total permite que o pedido seja processado de modo cumulado ou isolado (resolução e/ou liquidação) pelo procedimento comum, nos termos do art. 1.046, § 3º do CPC. Como informa melhor a doutrina, o próprio art. 603, § 2º do CPC estabelece que a existência de controvérsia quanto ao pedido de dissolução parcial obrigará a adoção do procedimento comum. Logo, se o próprio pedido de dissolução parcial se converte em comum após a contestação, nada mais lógico que o pedido de dissolução total adote o procedimento de cognição plena para a resolução total do contrato de sociedade.” (ARAÚJO, Fabio Caldas de. Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 5. Jul./Set., 2017.)

⁵⁶³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2015. p. 181.

especialidade do procedimento reside na disponibilização de técnicas de julgamento e não propriamente na supressão de atos processuais do procedimento comum, por serem eles incompatíveis com o direito material discutido.

Também não se pode incorrer no equívoco de defender que a audiência de mediação seria marcada, de forma obrigatória e até contra a vontade das partes, sempre que no quadro societário houvesse pessoas unidas por vínculo familiar, com fundamento no art. 695 do CPC/2015. Este dispositivo deve servir como fundamento da marcação de audiência de mediação, quando verificado que o quadro societário é composto integralmente por pessoas da mesma família ou quando o conflito familiar constituir o epicentro da disputa que estaria dando ensejo à dissolução da sociedade. Nas demais hipóteses, o fundamento da designação da audiência de mediação ou de conciliação seria o art. 334 do CPC/2015, o que, por consequência, resulta na admissão da dispensa do ato, quando todas as partes forem concordes em se submeterem à tentativa de solução consensual.

A designação de audiência de mediação no procedimento de dissolução parcial de sociedade é admitida, inclusive, por Marcos José Porto Soares, para quem a designação de tal audiência, mais do que possível, seria salutar. Nesse sentido, cumpre se verificar que esse autor apresenta posição restritiva em relação à designação de audiência de conciliação ou de mediação nos procedimentos especiais, por entender que, em regra, as técnicas especiais se situam no início do procedimento, e a designação de tal ato desnaturaria a condição de especial desses procedimentos⁵⁶⁴.

De fato, a designação de audiência de conciliação ou de mediação não pode ser realizada subvertendo-se a finalidade da técnica especial, o que ofenderia o postulado da proporcionalidade, por ausência de adequação⁵⁶⁵.

Ocorre que muitos dos procedimentos que não admitiriam a realização de conciliação ou mediação – segundo o autor anteriormente referido – apenas

⁵⁶⁴ SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. **Revista de Processo**. vol. 264. Fev, p. 523-543, 2017.

⁵⁶⁵ “O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos dos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 207.)

ostentariam tal vedação pela impossibilidade de designação de audiência entre a petição inicial e a contestação, fase na qual residiria parte considerável das técnicas diferenciadoras dos procedimentos especiais.

Tal posição colide com o art. 139, V, e com o §2º do art. 327, ambos do CPC/2015. Tais dispositivos permitem, respectivamente, a flexibilização pelo juiz e pelas partes, desde que não haja prejuízo às técnicas processuais diferenciadas.

Assim, em princípio, o procedimento da ação monitória não admitiria a designação de audiência de conciliação ou mediação. Todavia, não existe óbice à sua designação em duas hipóteses: 1º) quando o juiz deixar de deferir o mandado monitório, e o autor emendar a petição inicial para adaptá-la ao procedimento comum, na forma do §5º do art. 700 do CPC/2015; 2º) após o oferecimento dos embargos, pois, nessa hipótese, a produção probatória também observará o procedimento comum.

Nesse sentido, o CPC/1973, expressamente, dispunha, no §2º do art. 1.102-C, que os embargos seguiriam o rito ordinário. Apesar de não conter idêntica regra, tal mandamento se encontra implícito no §1º do art. 702 do CPC/2015, o qual estabelece que os embargos podem se fundar em qualquer matéria de defesa que possa ser alegada no procedimento comum.

Note-se que, modificando a posição anteriormente defendida, no sentido de que os embargos possuiriam natureza de ação⁵⁶⁶, Antonio Carlos Marcato passou a defender que o CPC/2015 equiparou os embargos à contestação, ao admitir a alegação das mesmas matérias de defesa, inclusive, com a apresentação de reconvenção – o que já era expressamente admitido, desde a edição da Súmula 292 do STJ: “A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário”⁵⁶⁷.

Desse modo, o procedimento da ação monitória poderia admitir a audiência de conciliação ou de mediação, quando o indeferimento da expedição do mandado monitório fosse sucedido de emenda da inicial, ou após o recebimento dos embargos, visto que, a partir desse momento, o procedimento se converteria em comum.

⁵⁶⁶ “Os embargos deferidos ao réu pelo art. 1102c do Código em vigor guardam similitude com o os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial – e têm, como estes, natureza jurídica de ação –, dando vida, uma vez opostos, a um processo autônomo de conhecimento, incidente ao monitório, observados os trâmites do procedimento comum ordinário (art. 1.102c).” (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 309)

⁵⁶⁷ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 279-280

Marcos José Porto também nega a possibilidade de designação de audiência de conciliação ou de mediação nos procedimentos das ações possessórias de posse nova, nos quais o juiz deverá deferir a medida liminar, independentemente do *periculum in mora*, ou designar audiência de justificação, para que o autor possa produzir as provas necessárias para a obtenção da liminar⁵⁶⁸, pois essas duas possibilidades de caminho seriam o que torna o procedimento especial.

De fato, ambas as técnicas se mostram especiais em relação ao disposto no Livro V – “Da tutela provisória”. Neste, somente há previsão da audiência de justificação relativamente à tutela provisória de urgência. Por outro lado, o procedimento das ações possessórias de força nova prevê a possibilidade de realização da audiência de justificação, alternativamente ao deferimento da liminar, a qual tem natureza jurídica de tutela provisória de evidência⁵⁶⁹.

Ademais, o *caput* do art. 562 do CPC/2015, ao prever, expressamente, a possibilidade de expedição do mandado liminar “sem ouvir o réu”, estabelece uma nova exceção ao princípio do contraditório, não expressa nos incisos I, II e III do art. 9º do CPC/2015.

Feitas tais considerações, é de se reconhecer que, deferida a liminar, pouca ou nenhuma seria a utilidade da designação de audiência de conciliação ou de mediação. Todavia, em caráter perfunctório, pode-se identificar a possibilidade de designação da audiência de mediação ou conciliação, na forma do art. 334 do CPC/2015, quando o juiz não deferir a liminar e designar a audiência de justificação.

Nessa hipótese, parece possível a designação de audiência de conciliação ou de mediação previamente à realização da audiência de justificação, desde que aquela não importe em retardo desta, pois, caso contrário, estaria sendo subvertida a técnica especial instituída com o escopo de conferir celeridade à realização do direito material tutelado pelo procedimento.

Assim, seria recomendável que a comunicação de ambos os atos se procedesse, em relação a cada uma das partes, através de intimação única, o que não implicaria

⁵⁶⁸ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. 2017. p. 523-543.

⁵⁶⁹ WOLKART, Erik Navarro. Comentários ao art. 562 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pg. 901/ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Comentários ao Art. 562 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 808.

retardamento do feito, mas apenas criaria uma opção de solução mais célere e menos custosa para o deslinde do processo. Tal solução encontraria fundamento, também, na cláusula geral de tratamento adequado de conflitos, bem como no princípio da duração razoável do processo (art. 4º). Este princípio, inclusive, deve ser a bússola dessa flexibilização procedimental, para não ocasionar prejuízo às partes.

Solução similar à ora proposta é encontrada com regularidade em vários juizados especiais, nos quais a audiência de conciliação infrutífera é imediatamente convocada em audiência de instrução e julgamento, a partir da exegese dos artigos 21 a 29 da Lei n.º 9.099/95.

Da mesma forma, no procedimento das ações possessórias de posse nova, não obtida a solução consensual, o juiz poderia convocar a audiência de conciliação ou mediação em justificação, desde que isso não importe em retardamento do feito.

Há, ainda, o procedimento especial da ação de consignação em pagamento, que também se notabiliza por possuir técnicas especiais situadas entre a propositura da demanda e a contestação, as quais, segundo segmento da doutrina, tornariam inadmissível a designação de audiência de mediação ou conciliação⁵⁷⁰.

Data vênia, a ação de consignação em pagamento admite a audiência de mediação ou conciliação, imediatamente após a contestação, quando essa for fundada nos incisos I, II e III do art. 554 do CPC/2015⁵⁷¹, ou logo após a não complementação do depósito, quando a contestação for fundada no inciso IV do CPC/2015⁵⁷². Isso, porque, na hipótese de o réu alegar insuficiência do depósito, o autor terá o prazo de 10 dias para a complementação, na forma do art. 545 do CPC/2015.

Caso o autor não complemente o depósito, o réu poderá levantar a quantia ou coisa depositada, com a consequente liberação do autor, na forma do §1º do art. 545 do CPC/2015, hipótese na qual haverá julgamento parcial do mérito, com fundamento no art. 487, III, “a”, do CPC/2015, uma vez que parcela do pedido do autor se tornou incontroversa⁵⁷³.

⁵⁷⁰ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais, p. 523-543, 2017.

⁵⁷¹ Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que: I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida; II - foi justa a recusa; III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;

⁵⁷² Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que: [...] IV - o depósito não é integral.

⁵⁷³ MARCATO. **Procedimentos especiais**. 2018. p. 99.

Note-se que, a partir do levantamento do depósito da parte incontroversa, pode ser que surjam novas condições para o acordo que não existiam antes desse momento. Isso, pois é possível que já exista um adimplemento substancial que afaste as partes das posições rigidamente estabelecidas em momento anterior. Pode ser que o custo-benefício do prolongamento do embate judicial, por si só, favoreça o abandono das posições em favor de um novo foco nos interesses de cada parte.

A complementação do depósito pelo autor também tem natureza de reconhecimento jurídico do pedido. Todavia, nesse caso, o art. 487, III, “a”, do CPC/2015, deve ser aplicado por analogia. Isso, porquanto o art. 487, III, “a”, do CPC/2015, somente prevê a homologação do reconhecimento do pedido formulado na ação e na reconvenção, sem prever o reconhecimento do pedido formulado na defesa, tal qual disposto no art. 545, *caput*, do CPC/2015.

Ademais, o procedimento da ação de consignação em pagamento pode ser utilizado na hipótese de o autor possuir dúvida acerca de quem é o titular do crédito. A modelagem, nessa hipótese de cabimento da ação, é distinta e poderia dar a falsa impressão de que não seria possível a realização de audiência de conciliação ou mediação entre autor e réu(s), haja vista que o art. 548 do CPC/2015 prevê a extinção do processo em relação ao autor, por sentença extintiva da obrigação, em três hipóteses: 1ª) não comparecendo nenhum dos réus, o juiz converte o depósito em arrecadação de coisas vagas; 2ª) comparecendo apenas um réu, o juiz decidirá de plano; 3ª) comparecendo mais de um réu, o processo prosseguirá apenas entre os demandados, pelo procedimento comum.

A autocomposição entre autor e réu, em quaisquer dessas hipóteses, seria impossível, pois, após o depósito, o processo seria extinto em relação ao autor. Ainda que isso não ocorresse, o autor não poderia transigir com pessoa sobre a qual recaia dúvida acerca da titularidade do crédito.

Todavia, em excepcionalíssimas hipóteses seriam possíveis a designação de audiência de conciliação ou mediação, *v.g.*, quando todos os réus comparecessem e atribuíssem ao mesmo réu a titularidade do crédito ou da coisa depositada e, cumulativamente, o réu titular do crédito alegasse quaisquer das matérias de defesa do art. 544 do CPC/2015, pois, nessa hipótese, a titularidade do crédito se tornaria incontroversa e o processo não seria extinto em relação ao autor, conforme preconizado pelo Enunciado n.º 62 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado n.º 62: A regra prevista no art. 548, III, que dispõe que, em ação de consignação em pagamento, o juiz declarará efetuado o depósito extinguindo a obrigação em relação ao devedor, prosseguindo o processo unicamente entre os presuntivos credores, só se aplicará se o valor do depósito não for controvertido, ou seja, não terá aplicação caso o montante depositado seja impugnado por qualquer dos presuntivos credores.

Outro procedimento especial do CPC/2015 que merece um olhar atento acerca da possibilidade de designação de audiência de mediação ou conciliação é o da “ação de exigir contas”, o qual veio substituir o procedimento da “ação de prestação de contas”, previsto no CPC/1973.

Sob a égide do Código anterior, a ação de prestação de contas poderia ser utilizada tanto por quem tinha o direito de exigir contas, como por quem tinha a obrigação de prestá-las. Em que pese Antonio Carlos Marcato defenda que ambas as legitimidades subsistam no CPC/2015, em razão da natureza dúplice da ação⁵⁷⁴, a orientação que prevalece na doutrina é no sentido de que o novo Código restringiu o procedimento da “ação de exigir contas” apenas a quem tem o direito de exigí-las⁵⁷⁵.

Apesar de tal procedimento ter mantido a sua natureza dúplice – uma vez que, na segunda fase, continua sendo possível a declaração de saldo em favor de quaisquer das partes, independentemente de reconvenção –, é forçoso reconhecer que se trata de elemento accidental da ação que não integra o seu interesse de agir, pois a causa de pedir dessa ação não é a existência de um crédito, mas o direito de exigir que sejam prestadas as contas⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ “Condenado a pagar eventual saldo credor, o devedor (que reitera-se, poderá ser qualquer das partes) deverá fazê-lo em quinze dias, sob pena de incidência da multa de 10% e honorários advocatícios no mesmo percentual (NCPC, art. 523, §1º); não cumprida voluntariamente a obrigação, será instaurada a fase executiva. Andou bem o legislador do Novo Código de Processo Civil, portanto, ao estabelecer procedimento único para ação de exigir contas, simplificando seu processamento em juízo, sem sacrifício a qualquer garantia constitucional; ao contrário, valoriza o princípio da duração razoável do processo e atende plenamente a garantia à segurança jurídica.” (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 109)

⁵⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Art. 154 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 788 / MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). **PRODIREITO**: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1: Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 100 / SANTOS, Evaristo Aragão. Comentários ao art. 550 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1429-1420.

⁵⁷⁶ PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Art. 550 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 788.

Desse modo, resta excluída a possibilidade de adoção do procedimento da ação de exigir contas por quem tem a obrigação de prestá-las, o que, todavia, não se confunde com a extinção do direito material de prestar contas, visto que esse subsiste íntegro. Por essa razão, Welder Queiroz Santos defende que a prestação de contas deve passar a observar o procedimento comum⁵⁷⁷, o que, todavia, não parece a melhor solução.

Embora seja possível que o autor opte pela adoção do procedimento comum, com fundamento no art. 327 do CPC/2015, parece que o legislador optou pela extinção do procedimento da ação de prestação de contas por entendê-lo desnecessário, diante da possibilidade de utilização do procedimento da “ação de consignação de pagamento” para a mesma finalidade. Este procedimento é, objetiva e subjetivamente, mais amplo do que aquele, pois, a teor do art. 539 do CPC/2015, pode ser utilizado pelo devedor e por terceiro para consignar quantia ou coisa devida.

Com o CPC/2015, já não há mais um procedimento específico cuja pretensão seja a de prestar contas. Isso não implica, por óbvio, desaparecimento do direito material de prestar contas. Como se sabe, todo direito material impõe uma dimensão procedimental/processual: reconhecer como legítimo um direito material significa também o reconhecer um direito subjetivo a procedimento hábil para essa finalidade, pois só assim a eficácia do direito material estará assegurada. Por isso, em casos previstos na lei material ou em contrato, poderá o devedor de contas prestá-las mesmo encontrando obstáculo, porém agora deverá fazê-lo por intermédio da consignação em pagamento (art. 539 e seguintes, CPC/2015). Em outros termos: poderá o devedor de contas requerer a consignação delas, a fim de libertar-se da obrigação que lhe pesa.⁵⁷⁸

Nesse sentido, cumpre se observar que a prestação de contas não se apresenta como uma mera obrigação de dar, pois não se aperfeiçoa apenas com a mera entrega de documentos contábeis, como recibos e notas fiscais⁵⁷⁹. A prestação de contas deve

⁵⁷⁷ O procedimento especial “da ação de exigir contas” destina-se a tutelar de forma diferenciada o direito de determinadas pessoas de exigir contas em face daqueles que possuem a obrigação de prestá-las. O CPC/2015 optou por restringir o rito especial apenas para o caso de exigir contas, diferentemente do CPC/1973 que previa a “ação de prestação de contas” tanto para exigir, quanto para dar contas. Eventual demanda daquele que possui a obrigação de prestar contas seguirá o procedimento comum (SANTOS, Welder Queiroz. Comentários ao art. 550 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 891)

⁵⁷⁸ DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016. p. 739.

⁵⁷⁹ “PRESTAÇÃO DE CONTAS. [...] Prestação de contas que não se exaure com a mera exibição de documentos contábeis ou planilhas. Imprescindível que as contas sejam prestadas na forma mercantil (art. 551, § 2º, CPC/15). [...]” (TJSP; APL 1040215-08.2016.8.26.0562; Ac. 11567104; Santos; Segunda

ser realizada de forma mercantil, ou seja, com observância no disposto no art. 551, §2º do CPC/2015⁵⁸⁰.

Desse modo, a prestação de contas não consiste apenas na obrigação de entregar documentos (obrigação de dar), pois há a necessidade prévia de elaborar as contas de forma contábil (obrigação de fazer).

Portanto, a prestação de contas se mostra compatível com o objeto da ação de consignação em pagamento, pois esta pode se fundamentar tanto em obrigações de dar, quanto em obrigações de fazer que resultem em objeto corpóreo.

A regra geral é a de que apenas as obrigações de dar comportam o pagamento em consignação. É o caso do devedor que deposita a quantia a que está obrigado, ou do que deposita a coisa a cuja entrega se obrigou. Se a obrigação tem por objeto material uma coisa determinada cabe ao devedor prestar pelo depósito em pagamento exatamente a coisa a que se obrigou, pois o *“credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”* (art. 313 do CC). Nada impede, contudo que o pagamento em consignação também seja realizado pelo devedor sujeito ao cumprimento de obrigação de fazer impura, que é aquela de cujo cumprimento resulta um objeto corpóreo.⁵⁸¹

Tais apontamentos se mostram relevantes para remeter o leitor às considerações feitas anteriormente acerca da ação de consignação de pagamento, quando a pretensão for a de prestar contas, mas também para bem delimitar o espectro de aplicação do procedimento da “ação de exigir contas”, o qual somente poderá ser utilizado por quem tem interesse na exigência das contas.

Diversos são os legitimados para utilizar o procedimento da “ação de exigir contas”, espalhados pelo ordenamento jurídico. A título exemplificativo, convém indicar as seguintes possibilidades de exigir contas: o mandante pode exigir contas do mandatário (art. 668 do CC/2002); os sócios podem exigir-las dos administradores das sociedades em geral (art. 1.020 do CC/2002); assembleia condominial pode exigir contas do síndico (art. 1.348, VIII, do CC/2002); os tutelados e curatelados podem exigir contas de seus respectivos tutores (art. 1.755 do CC/2002) e curadores (art. 1.781 do CC/2002).

Câmara Reservada de Direito Empresarial; Rel. Des. Ricardo Negrão; Julg. 18/06/2018; DJESP 02/07/2018; Pág. 2428)

⁵⁸⁰ Art. 551. [...] § 2º As contas do autor, para os fins do art. 550, § 5º, serão apresentadas na forma adequada, já instruídas com os documentos justificativos, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver, bem como o respectivo saldo.

⁵⁸¹ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Consignação em pagamento**: aspectos de direito processual e material. Curitiba: Juruá, 2013. p. 40.

Note-se que muitas das relações que dão ensejo ao ajuizamento da ação de exigir contas são marcadas pela possibilidade de existir relação prévia entre as partes. Ademais, em parcela considerável dos casos, a relação entre as partes perdurará após o encerramento do processo, sendo notório que qualquer provimento substitutivo da vontade das partes tem grande aptidão para desencadear a eclosão de novos conflitos.

Assim, a adoção da conciliação e da mediação, nesse procedimento, mostra-se recomendável, especialmente pela possibilidade de a autocomposição evitar o surgimento de novos conflitos.

Todavia, o art. 550 do CPC/2015 trouxe regra especial em relação à citação do réu, o qual será citado para que preste as contas ou ofereça contestação, no prazo de 15 dias. Ou seja, não houve a previsão de realização de audiência entre a citação e a contestação.

Ravi Peixoto defende que, por não haver a previsão de audiência prévia no art. 550 do CPC/2015, essa não deve ser designada, em observância à lógica do procedimento especial⁵⁸². Entretanto, em sentido contrário, Marcos José Porto Soares defende ser admissível a realização de audiência de conciliação ou mediação, já que a verdadeira especialidade do procedimento se verificaria após a contestação e residiria nas sucessivas fases através das quais o procedimento se desenvolve⁵⁸³.

O procedimento de exigir contas apresenta algumas interessantes especialidades: (i) a citação é realizada a fim de oferecer ao réu a opção de prestar contas ou contestar; (ii) a primeira etapa que se desenvolve proceduralmente é bifásica, pois de início a cognição judicial volta-se a averiguar se o caso concreto abrange mesmo hipótese legal para que as contas sejam prestadas (apuração do direito de exigir contas); só depois, e se positivo o juízo anterior, é que o juiz determinará a prestação de contas, via decisão interlocutória (art. 550, §5º do CPC/2015); (iii) segue-se à etapa anterior (bifásica) outro módulo cujo propósito é, em um primeiro momento, avaliar a adequação das contas prestadas e, em instante posterior, declarar por sentença eventual saldo e constituir título executivo em favor daquele considerado pelo juiz como credor; (iv) a ação é dúplice, ou seja, o juiz poderá apurar o saldo e constituir título executivo judicial tanto em benefício do autor quanto do réu.⁵⁸⁴

⁵⁸² PEIXOTO, Ravi. Aspectos controvertidos da ação de exigir contas: uma visão a partir do Novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 365.

⁵⁸³ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais, p. 523-543, 2017.

⁵⁸⁴ DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016. p. 740.

De fato, pela lição acima, verifica-se que o procedimento da ação de exigir contas se desenvolve em duas fases, sendo que a primeira ainda é bipartida, o que impõe sucessivos módulos de decisão para o juiz.

Observe-se que, antes da sentença final, o procedimento prevê seguidas decisões de mérito, as quais não se confundem com despachos ou decisões meramente ordinatórias.

Assim, a sucessão de decisões de mérito impõe uma leitura conjugada do art. 139, V, do CPC/2015 – o qual autoriza o juiz a promover a autocomposição, a qualquer tempo – com o art. 550 do CPC/2015, para que se conclua que a interpretação que deve ser dada a esse último dispositivo é no sentido de que o procedimento da ação de exigir contas não previu a audiência de conciliação ou mediação no início do *iter* procedimental não por ela ser incompatível ou desvantajosa para o procedimento, mas por ser mais recomendável que o próprio magistrado, à luz do caso concreto, analise o momento mais oportuno para a tentativa de autocomposição. Isso, porque não se pode desconsiderar que as sucessões das decisões de mérito repercutirão na escala do conflito de modo ascendente ou descendente.

Ademais, considerando a umbilical ligação dos procedimentos de ação de exigir contas e da ação de consignação em pagamento, anteriormente referida, cumpre se observar que seria um verdadeiro contrassenso admitir a audiência de conciliação ou mediação em um procedimento e não a admitir no outro.

Por fim, o óbice para a realização da audiência de conciliação ou mediação no início do procedimento – indicado por seguimento da doutrina – em decorrência da ausência de previsão legal de designação de audiência no art. 550 do CPC/2015 – o qual estabelece que o réu deve ser citado para prestar contas ou contestar – poderia ser facilmente superado pelo diálogo de procedimentos estabelecido entre o procedimento da ação de exigir contas e o da ação de homologação de penhor legal.

Este pode ser aplicado supletivamente para que seja designada audiência, na qual o réu deverá apresentar contestação, sem se olvidar, contudo, de que a designação da audiência deve observar o prazo mínimo de 15 dias que o réu teria para contestar, visto que, a teor do art. 139, VI, do CPC/2015, o juiz pode dilatar prazos processuais, mas jamais reduzi-los.

Essa mesma solução se mostra plenamente aplicável aos procedimentos especiais da ação demarcatória e da ação divisória, os quais preveem a citação para contestar e não para comparecer em audiência de conciliação ou mediação.

Por essa razão, seguimento da doutrina nega a possibilidade de designação de audiência de conciliação ou de mediação, com fundamento no art. 334 do CPC/2015, em razão de óbices de duas ordens: 1) incompatibilidade com as técnicas especiais estabelecidas no início do procedimento⁵⁸⁵; e 2) impossibilidade de obtenção da solução consensual, em razão da citação por edital de pessoas incertas e indeterminadas, as quais, por essa condição, não podem integrar a autocomposição⁵⁸⁶. Cabe analisar cada um desses argumentos separadamente.

Lucio Delfino defende o não cabimento da audiência de conciliação ou de mediação, no início dos procedimentos, em razão da ausência de previsão desse ato procedimental. Todavia, o próprio autor admite a obtenção de soluções consensuais em momento posterior, notadamente em relação à partilha amigável⁵⁸⁷.

Conforme já referido, o problema da incompatibilidade da citação para contestar, prevista nos arts. 577 e 589 do CPC/2015, pode ser suprido pela aplicação supletiva do §1º do art. 703 do CPC/2015, o qual prevê a contestação em audiência.

Da mesma forma que ocorre no procedimento da ação de exigir contas, os procedimentos das ações demarcatória e divisória possuem procedimentos bipartidos, nos quais há sucessivas decisões de mérito. A ação demarcatória possui duas fases: a primeira se destina à identificação da correta linha divisória, enquanto a segunda se destina à execução da demarcação reconhecida na primeira fase. Na ação divisória, há uma primeira fase, a qual é destinada ao reconhecimento do condomínio e à determinação de sua divisão; e há uma segunda fase, que se destina à execução da divisão⁵⁸⁸.

O art. 270 do CPC/2015 ainda traz técnica especial de cumulação de ações, que explicita o caráter prejudicial da ação demarcatória em relação à ação divisória, ao determinar o processamento daquela antes desta.

⁵⁸⁵ DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016. p. 764, 775-776.

⁵⁸⁶ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais, p. 523-543, 2017.

⁵⁸⁷ DELFINO. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. 2016. p. 764, 775-776, 779 e 781.

⁵⁸⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 816, 820-821.

Assim, cumuladas ou não, as ações demarcatórias e divisórias apresentam sucessivas decisões de mérito que impõem a análise pelo juiz, no caso concreto, de qual seria o momento oportuno para a realização da audiência de conciliação, sem se olvidar de que os artigos 578 e 589 do CPC/2015 estabelecem que tais ações, após a contestação, seguirão o procedimento comum.

Outrossim, não se pode admitir como correta a obstrução da conciliação e da mediação em razão de uma suposta impossibilidade de réus incertos e desconhecidos, citados por edital, na forma do parágrafo único do art. 576 e do art. 589 do CPC/2015, integrarem a autocomposição.

Com a devida vênia, não há que se confundir a eventual impossibilidade fática de se realizar o procedimento de autocomposição com a sua impossibilidade jurídica. A citação por edital somente ocorrerá quando quaisquer dos réus ou terceiros confinantes forem desconhecidos ou estiverem em local incerto, o que não ocorrerá sempre. Inclusive, na ação divisória, dificilmente se verificará a situação de condômino desconhecido. Desse modo, quando todos os réus e confinantes forem conhecidos e estiverem em local certo, não se mostrará cabível qualquer citação por edital. Essa é a exegese que se pode extrair do parágrafo único do art. 576, o qual se remete, expressamente, ao inciso III do art. 259 do CPC/2015. Este somente prevê a utilização do edital para a provocação de interessados incertos e desconhecidos. Portanto, a contrário senso, quando eles forem certos e determinados, não se mostrará cabível a publicação de edital.

Os réus serão citados pelo correio, mas é mantida a previsão de citação por edital (NCPC, art. 276). Essa previsão afasta a criticável exigência do contida na segunda parte do art. 953 do art. 953 do CPC/1973, de citação editalícia dos réus residentes em foros diversos, sua citação agora ocorrerá pela via postal – ressalvada, é evidente, a eventual necessidade de citação por edital de confinante desconhecido (v.g. possuidor de área contígua à demarcada) ou que se encontre em local incerto e não sabido (NCPC, art. 256, inc. II). Se, todavia, todos os confinantes da área demarcada são conhecidos e certos os seus endereços domiciliares ou residenciais, nada justifica a publicação de editais, a encarecer indevidamente o custo do processo.⁵⁸⁹

Corroborando a possibilidade jurídica de designação de audiência para autocomposição, o CPC/2015 deixou de prever um procedimento especial para a ação de usucapião, a qual passou a se processar pelo procedimento comum. Entretanto, o

⁵⁸⁹ MARCATO. **Procedimentos especiais**. 2018. p. 146.

Código previu para tal ação, de forma dispersa, as mesmas técnicas de publicação de edital (art. 259, I) e de citação de confinantes (art. 246, §1º), sem que isso importe em qualquer supressão da audiência de conciliação ou mediação.

Também não se pode ignorar que o direito material tutelado nessas ações apresenta compatibilidade com a solução consensual, especialmente, em relação aos condôminos e confinantes, os quais, provavelmente, continuarão a se relacionar com o autor após o processo, sendo preferível a solução obtida pela autocomposição – o que, inclusive, foi expresso pelo próprio legislador ao autorizar a demarcação e divisão extrajudicialmente, por escritura pública, desde que as partes sejam maiores, capazes e concordes, na forma do art. 571 do CPC/2015.

Assim, seria um contrassenso interpretar que o legislador tivesse o escopo de subtrair a opção de solução consensual do âmbito judicial das ações demarcatória e divisória e, simultaneamente, houvesse disponibilizado a opção de solução extrajudicial, por escritura pública.

Por fim, deve-se destacar que a presença de partes menores ou incapazes importa na adoção compulsória da via judicial, pela literalidade do art. 571 do CPC/2015, o que, todavia, não acarreta a impossibilidade de autocomposição, pois essa se mostrará possível, desde que se observe o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei de Mediação, o qual exige a oitiva do Ministério Público.

Da mesma forma que os procedimentos anteriores, o procedimento da oposição também não prevê a realização de audiência de conciliação ou mediação, porquanto o parágrafo único do art. 683 do CPC/2015 dispõe que os opostos serão citados para contestar, no prazo de 15 dias, e não para comparecer à audiência destinada à tentativa de obtenção da autocomposição. Contudo, não parece que reside aí a especialidade do procedimento.

O que caracteriza a oposição, corretamente, como modalidade de *procedimento especial*, são *efeitos* que decorrem dessa intrincada relação tríplice de direito material e processual. O que caracteriza os procedimentos especiais é justamente alguma especificidade procedimental, numa determinada fase do processo, geralmente em sua fase inicial, sendo que, no mais, ou a partir de um determinado momento, segue o procedimento ordinário.

No caso da oposição, essa *especificidade procedimental* dá-se (i) na formação de um litisconsórcio passivo necessário, (ii) pela competência especial que pode ter, (iii) pela possibilidade de conexão e conseqüente

apensamento de processos, e (iv) pela possibilidade de suspensão do processo principal ou inicial.⁵⁹⁰

Nesse sentido, cumpre se observar que a oposição conserva regulamentação muito próxima daquela existente sob a égide do CPC/1973, sendo certo que as modificações foram, predominantemente, de aperfeiçoamento de técnica redacional. A grande mudança do CPC/2015, em relação ao Código que o antecedeu, diz respeito à mudança topográfica da oposição, a qual deixou de ser prevista como hipótese de intervenção de terceiro, para migrar para o Título dos Procedimentos Especiais. Tal mudança se mostra adequada, pois a oposição guarda tamanha autonomia em relação à ação original, que a extinção desta não importa na daquela⁵⁹¹.

O CPC/2015 – assim como o CPC/1973 – estabelece duas possibilidades de tramitação da oposição, a depender do momento em que ela é proposta. O marco distintivo reside na audiência de instrução. Caso essa ainda não tenha sido realizada, o processo original e a oposição tramitam simultaneamente e são julgados na mesma sentença. Por outro lado, caso a oposição seja proposta após o início da audiência de instrução, o juiz poderá suspender o processo original, após a produção de provas, ou dar-lhe prosseguimento em observância ao princípio da duração razoável do processo.

Assim, a possibilidade de realização da audiência de conciliação ou mediação no procedimento da oposição resta evidenciada, porque as regras que dispõem sobre a oposição não estabelecem nenhum *iter* procedimental específico, mas apenas especificam a forma como a oposição se relaciona com a ação originária, o que impõe a tramitação da oposição pelo procedimento comum, salvo se sua tramitação for simultânea à ação originária de rito diverso.

Ademais, a petição inicial da oposição deve observar o disposto no art. 319 do CPC/2015, uma vez que não possui regra específica que afaste a aplicação de tal dispositivo ou que disponha de maneira diversa.

⁵⁹⁰ RODOVALHO, Thiago. A oposição no novo Código de Processo Civil: de modalidade de intervenção de terceiros à condição verdadeiramente autônoma. **Revista de Processo**. vol. 266. Abr., 2017. p. 207-225.

⁵⁹¹ “A eventual extinção da ação original não obsta o prosseguimento da ação de oposição, tenha sido proposta antes ou depois da audiência de instrução. A razão disso é sua autonomia em relação à ação original, que, ao modo da reconvenção, contém pretensão própria e independente e, neste caso, entre partes diversas da ação original. Neste caso pode ser julgada após a ação original ou principal.” (GUEDES, Jefferson Carús. Comentários ao art. 550 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 998)

O parágrafo único do art. 683 indica que a citação cria para os réus o ônus de contestar. Note-se que essa redação se afasta do disposto no art. 319, pois a citação como regra geral deve importar em ato (inicial) de convocação para a audiência de conciliação ou mediação. Em razão da diretriz do parágrafo único do parágrafo 3º do art. 3º do CPC/2015, que prevê 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 do processo judicial”, não vemos obstáculo para a aplicação da regra do art. 319, VII, CPC/2015). Se nada for especificado a esse respeito pelo autor, o juízo deverá designar audiência prévia de conciliação ou mediação, a depender da natureza do direito pleiteado e dos contornos fáticos narrados na inicial.⁵⁹²

Portanto, o parágrafo único do art. 683 do CPC/2015 não pode ser interpretado como limitação à designação de audiência de conciliação ou mediação, mas como enunciado normativo que estabelece a técnica especial de formação de litisconsórcio necessário.

Inclusive, é nesse aspecto que reside uma das diferenças entre a oposição e os embargos de terceiro. Enquanto estes possuem, como legitimado passivo, aquele a quem o ato de constrição judicial aproveita (art. 677, §4º, do CPC/2015), a oposição possui, como legitimados passivos, o autor e o réu da ação original, os quais formarão um litisconsórcio necessário. Todavia, as diferenças entre os procedimentos não se esgotam nesse ponto.

Mesmo apresentando pontos de contato, as ações de oposição e de embargos de terceiro são inconfundíveis, no que que concerne tanto à estrutura das respectivas relações jurídico-processuais quanto aos seus objetos e aos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada material.

Estruturalmente, a relação processual dos embargos de terceiro é integrada ativamente pelo embargante e passivamente pelo autor ou credor exequente no processo original – ou, ainda, qualquer desses dois últimos em litisconsórcio passivo com seu adversário, quando for deste a indicação do bem objeto da constrição (NCPC, art. 677, §4º); já na oposição o oponente assume a titularidade ativa, instaurando-se litisconsórcio passivo necessário entre autor e réu da ação original.

Também são distintos os objetos dessas ações: na oposição o oponente postula pronunciamento sobre o mérito da ação original, que é de natureza material, enquanto os embargos de terceiro têm como mérito o próprio ato de constrição judicial que se pretende evitar ou desconstituir.

Finalmente, nos embargos opera-se a coisa julgada material exclusivamente em relação à decisão inibitória ou desconstitutiva do ato de constrição, sem refletir nos fundamentos de Direito material objeto da ação original, ao passo que na oposição ela tornará imune a futuras impugnações, por qualquer das

⁵⁹² MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016. p. 842.

partes (oponente ou opostos), o quanto decidido tanto em relação à ação quanto à oposição.⁵⁹³

Para segmento da doutrina, a impossibilidade de autocomposição nos embargos de terceiro residiria, exatamente, na especialidade de seu objeto⁵⁹⁴. Ou seja, como os embargos de terceiro se destinam a atacar a constrição patrimonial – a qual é fruto de ordem judicial⁵⁹⁵ –, não seria possível dispor sobre o desfazimento do ato.

Contudo, tal posição não parece a mais adequada, pois, em princípio, a constrição judicial se destina à satisfação de créditos, os quais, em regra, possuem natureza meramente patrimonial e, portanto, disponível. Mesmo quando se tratar de créditos oriundos de direitos indisponíveis, *v.g.*, como as verbas alimentares, não estará objetada a autocomposição. A indisponibilidade recai sobre o direito e não sobre o crédito dele oriundo, razão pela qual a autocomposição poderá ser realizada, mas exigirá a intervenção do Ministério Público, na forma do §2º do art. 3º da Lei de Mediação.

Ademais, o ato de constrição não se procede em favor do juízo, e, sim, em proveito de uma ou mais partes, o que, inclusive, implica as suas legitimações passivas para figurarem na ação de embargos de terceiro, de modo que o magistrado não deve colocar obstáculo ao desfazimento da constrição, quando todas as partes forem concordes.

Pode ser, inclusive, que surja mútuo interesse no desfazimento da constrição e na celebração de acordo para a satisfação do crédito de maneira diversa, quando, por exemplo, o próprio exequente considerar desinteressante a adjudicação, ou quando houver dificuldade de alienação do bem.

Tal situação é facilmente detectada em contextos em que os embargos de terceiro se destinem a atacar penhora, supostamente realizada de forma errônea sobre a totalidade de bem imóvel submetido ao regime do direito de superfície, quando

⁵⁹³ MARCATO. **Procedimentos especiais**. 2018. p. 236.

⁵⁹⁴ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais, p. 523-543, 2017.

⁵⁹⁵ “A característica marcante dos *embargos de terceiro*, que os distinguem da oposição e das ações possessórias típicas, centra-se na apreensão judicial, resultante, *v.g.*, da penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha. Em suma, o ato jurisdicional do qual nasce o interesse de agir do embargante pode ser proferido em processo de qualquer natureza: de conhecimento (p. ex.: liminar em ação possessória); de execução (p. ex.: penhora); cautelar (p. ex.: seqüestro).” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Embargos de terceiro: questões polêmicas. **Revista dos Tribunais**. vol. 833. Mar., p. 54-65, 2005.)

o executado é apenas o proprietário (fundeiro)⁵⁹⁶. A procedência dos embargos de terceiro poderia dar ensejo à realização de nova penhora apenas sobre a propriedade, despida, naquele momento, do direito de superfície, o que, por óbvio, pode reduzir ou esvaziar a liquidez da penhora.

A adoção da via consensual poderia dar ensejo a soluções não passíveis de serem obtidas através dos métodos heterocompositivos, *v.g.*, como o pagamento do exequente pelo superficiário embargante, em troca de uma prorrogação do tempo determinado do direito de superfície, por um valor mais vantajoso do que aquele que seria normalmente praticado. Nessa hipótese, o exequente poderia ter mais facilidade para receber seu crédito. O superficiário teria a possibilidade de explorar o seu direito real por tempo superior, com um custo menor. O proprietário fundeiro não perderia o seu bem imóvel.

Por conseguinte, apesar de os embargos de terceiro objetivarem o ataque ao ato de constrição judicial, não há qualquer óbice à obtenção da autocomposição em seu bojo, diante da natureza dos conflitos aos quais se relacionam.

Também em decorrência do objeto da ação, há quem entenda impossível a adoção da via consensual no curso dos procedimentos de habilitação e de restauração de autos, uma vez que esses, supostamente, não envolveriam discussões de direito material, mas apenas questões instrumentais a outros processos, bem como pelo fato de o juiz poder instaurar o procedimento de restauração de autos de ofício⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ “Com efeito, o art. 807 indica de forma clara que as figuras (e esferas jurídicas) do proprietário do imóvel e do superficiário são distintas e que tal diferenciação detém efeitos na execução. Isso porque se a execução tiver por objeto obrigação em que seja sujeito passivo o proprietário do imóvel (= *base da concessão superficiária*) responderá este exclusivamente pela dívida, de modo que a penhora ou outros atos de constrição recairão exclusivamente sobre o terreno (= *plataforma da concessão*), sem afetar o direito real do superficiário (em regra, os implantes). De modo recíproco, caso a execução tenha como vetor obrigação de que seja sujeito passivo o superficiário este será exclusivamente responsável pela dívida, e, via de talante, a penhora ou quaisquer outros atos de constrição deverão vulgarmente incidir apenas nos implantes (plantações e constrições), sem atingir o direito real (propriedade) do fundeiro, ou seja, o proprietário do imóvel que serviu de bandeja para a concessão superficiária. Percebe-se, pois, que há a intenção clara de demarcar o direito de superfície em dois direitos reais distintos – o que se afigura, na nossa visão, como correto. O dispositivo, portanto, acaba por afastar pretensão executiva que despreze a natureza do direito de superfície, evitando a inadvertida “contaminação” do direito real do proprietário (fundeiro), assim como do superficiário, em razão de dívida contraída pela contraparte da concessão superficiária, citando-se, aqui, o exemplo mais comum.” (MAZZEI, Rodrigo. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no projeto do Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 228. Fev., 2014. p. 163-204.)

⁵⁹⁷ SOARES. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. 2017. p. 523-543.

Em primeiro lugar, cumpre se observar que a premissa de que tais procedimentos sempre terão por objeto litigioso questões de direito processual é equivocada.

Nesse sentido, convém se registrar que o procedimento de habilitação poderá ter, em seu objeto litigioso, questões de direito material, como ocorre, *v.g.*, quando o réu alegar a intransmissibilidade da obrigação objeto da ação originária, por superar as forças da herança⁵⁹⁸, ou em razão da extinção do contrato de fiança pelo óbito, antes do vencimento da obrigação⁵⁹⁹.

Na restauração de autos, a insuficiência dos documentos apresentados pelo autor pode dar ensejo à improcedência da ação por falta de provas⁶⁰⁰, o que importa em valoração negativa do fundamento fático e não do fundamento jurídico da ação. Desse modo, resta claro que a disputa pode se restringir a questões de fato, em razão de o direito ser incontroverso.

Esse tipo de situação costuma ficar muito clara em ações em que se postula judicialmente o fornecimento de alguma espécie de tratamento de saúde. Todos têm direito à saúde, de modo incontroverso. Todavia, a ação que postula o tratamento

⁵⁹⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO À HABILITAÇÃO DE HERDEIROS. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. Falecimento do devedor, pessoa física. Habilitação dos herdeiros. Certidão de óbito que não atesta a existência de bens. Credor que não demonstrou a existência de herança suscetível de responder pelas dívidas do de cujus. Herdeiros que respondem no limite das forças da herança. Recurso não provido.” (TJSP; AI 2203478-71.2018.8.26.0000; Ac. 11943579; São Paulo; Vigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Roberto Mac Cracken; Julg. 25/10/2018; DJESP 24/01/2019; Pág. 3485)

⁵⁹⁹ “HABILITAÇÃO. Decisão que julgou procedente pedido de habilitação de herdeiros determinando a substituição do polo passivo, passando a figurar os únicos herdeiros da falecida fiadora, ora agravantes, que recorrem contra tal deliberação reiterando que a dívida venceu somente depois da morte daquela. Inconformismo que comporta guarida. Conjunto de documentos do qual se infere que a morte da fiadora precedeu o vencimento da dívida, extinguindo-se a fiança e a obrigação transmissível aos herdeiros nas forças da herança. Aplicação do disposto no art. 836 do Código Civil. RECURSO PROVIDO.” (TJSP; EDcl 2096075-43.2018.8.26.0000/50000; Ac. 11718974; São Paulo; Décima Oitava Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Ramon Mateo Júnior; Julg. 14/08/2018; DJESP 25/09/2018; Pág. 2080)

⁶⁰⁰ PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. DOCUMENTOS TRAZIDOS PELO REQUERENTE INSUFICIENTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O procedimento encontra amparo legal nos arts. 1.063 e seguintes do código de processo civil. Segundo o art. 339 do ritjpi, a restauração no tribunal de justiça obedecerá ao procedimento descrito no código de processo civil. 2. Encontram-se nesta restauração apenas a decisão desta e.g. Corte na apelação interposta pelo autor após a denegação da segurança pleiteada em primeiro grau e a exceção de impedimento apresentada pelo mesmo após o julgamento do recurso citado. 3. Não se encontram anexados a inicial do mandamus, as informações da autoridade coatora, a sentença, nem tampouco a apelação e os embargos de declaração opostos pelo impetrante após o julgamento da referida apelação, noticiados no extrato de fl. 16. Sendo assim, impossível prosseguir com o julgamento da demanda. 4. Restauração dos autos improcedente. (TJPI; Rest-Aut 2009.0001.000535-9; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Fernando Carvalho Mendes; DJPI 27/08/2015; Pág. 19)

pode ser julgada improcedente por restar evidenciado que o tratamento pleiteado não apresenta a eficácia pretendida para a moléstia alegada.

Ademais, a natureza da questão integrante do objeto litigioso pode sofrer alteração, em razão da opção legislativa. Nesse sentido, impende se observar que, no CPC/2015, a possibilidade jurídica do pedido deixou de integrar o juízo de admissibilidade da ação e passou a ser analisada por ocasião da análise do mérito, conforme consta, inclusive, da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil⁶⁰¹.

A modificação da natureza da questão acima se procedeu em caráter geral, mas também é possível que a mudança se opere de uma ação para outra. Assim, não se pode ignorar a mudança de natureza sofrida por algumas questões que constituem o mérito nos procedimentos de habilitação e de restauração de autos. Isso, pois questões processuais que costumam ser tratadas como questões preliminares ao mérito assumem natureza de mérito propriamente dito nessas ações.

É possível que algumas questões sejam de admissibilidade, em relação a um dado procedimento, e de mérito, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento. Na prática não se costuma tomar cuidado de atentar para essa sutileza.

A “legitimidade *ad causam*” extraordinária é uma questão de admissibilidade, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes; a competência do juízo é, em regra, uma questão de admissibilidade, mas é questão de mérito na ação rescisória por incompetência absoluta (art. 966, II, CPC) e no conflito de competência. Quando uma questão, que inicialmente era processual, compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questão de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões que anteriormente eram processuais. A partir do momento em que se torna o objeto litigioso do processo, a questão deixa de ser processual e passa a ser uma questão material ou de mérito.⁶⁰²

Da mesma forma, na ação originária, a legitimidade *ad causam* ostenta a natureza de questão preliminar afeta à admissibilidade da ação. Todavia, na ação de habilitação, tal questão adquire a natureza de mérito.

⁶⁰¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O regime das questões de ordem pública no novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 1. p. 1535.

⁶⁰² DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 2016. p. 452.

A legitimidade *ad causam* pode ser dividida em ordinária e extraordinária. A legitimação ordinária é exercida pelo próprio titular do direito. A legitimação extraordinária é exercida por quem for autorizado pelo ordenamento jurídico a postular, em nome próprio, direito alheio e não se confunde com a representação, visto que o representante não é parte. A legitimidade – assim como as demais condições da ação – é aferida *in status assertionis*, ou seja, no estado em que é proposta a ação, conforme a Teoria da Asserção ou Teoria da *Prospettazione*⁶⁰³.

Como a legitimidade é aferida com base na situação em que a ação foi proposta, em princípio, ela não se alterará, salvo quando o autor acolher a indicação, feita pelo réu, para incluir o correto legitimado passivo, na forma do §1º do art. 339 do CPC/2015, ou quando houver substituição ou sucessão processual.

O presente trabalho não tem por escopo analisar todas as hipóteses de substituição e sucessão processual, mas apenas firmar que ambas podem ocorrer por negócio jurídico processual.

O negócio jurídico processual que tenha por objeto a sucessão processual pode ocorrer quando houver a transmissão da própria titularidade do direito material discutido, e existir concordância da parte contrária relativamente à modificação da legitimidade.

A transmissão do direito, por si só, não altera a legitimidade da ação já proposta. Nesse caso, a modificação da legitimidade da ação depende da concordância da parte contrária, na forma do §1º do art. 109 do CPC/2015.

No plano material, a transmissão da obrigação pode ocorrer através da cessão do contrato, da cessão do crédito e da assunção da dívida, as quais, por si mesmas, somente alteram a legitimação das ações ainda não propostas. Após o ajuizamento da ação, a legitimidade somente será alterada por negócio jurídico processual ou pelo aceite da parte contrária.

Matéria de grande atualidade e relevância é a cessão do contrato. Intensamente adotada no tráfego jurídico, não recebeu respaldo no Código Civil de 2002. A cessão de contrato ou, mais exatamente, a cessão da posição contratual, só aparece na doutrina civil mais recente. Ela consiste em uma terceira forma de transmissão das obrigações, ao lado da cessão de crédito e da assunção da dívida.

Doutrinariamente, porém, é possível distinguir a cessão de crédito e a assunção da dívida da cessão do contrato. Na cessão de crédito, verifica-se

⁶⁰³ SOUZA, André Pagani de [et. al.]. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 264.

uma substituição no pólo ativo da relação obrigacional, remanescendo inalterada a posição do devedor, que doravante terá de oferecer o pagamento ao novo credor. Na assunção da dívida, o que se transfere ao terceiro é a posição passiva da relação obrigacional, que não sofre qualquer alteração em seu conteúdo.

Já a cessão do contrato é mais complexa e rica, resultando da combinação das duas referidas espécies de transferência das relações obrigacionais. Importa na faculdade concedida a qualquer os contratantes de transmitir a sua própria posição contratual, envolvendo a cessão de um complexo unitário de direitos e obrigações, ou seja, créditos e débitos. [...] ⁶⁰⁴

Para uma adequada compreensão, salienta-se que a cessão do contrato, a cessão de crédito e a assunção de dívida não importam na extinção da obrigação original e, por essa razão, acarretam sua transmissão. Diferem, portanto, da sub-rogação e da novação, as quais são modalidades especiais de pagamento que extinguem a obrigação original e dão causa ao nascimento de uma nova obrigação ⁶⁰⁵.

Também é possível a celebração de negócio jurídico processual tendo por objeto a criação de hipótese de substituição processual, a qual consubstanciará uma legitimação extraordinária. O fundamento para a celebração desse negócio jurídico é a conjugação do disposto nos artigos 18 e 190, ambos do CPC/2015.

O art. 6º do CPC/1973 dispunha que: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. O CPC/2015, em seu art. 18, trouxe regra semelhante, ao dispor que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

A substituição da expressão “salvo quando autorizado por lei” por “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” representa uma mudança substancial diante da majoração da amplitude das possibilidades de legitimação extraordinária. Nesse sentido, a legitimação extraordinária negocial, fruto de convenção das partes, pode ser obtida através da autorização do ordenamento jurídico contida no art. 190 do CPC/2015 ⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 246

⁶⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v 2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.291.

⁶⁰⁶ O art. 190 contém, justamente, a autorização específica para a celebração atípica de negócios jurídicos processuais. A cláusula geral prevista, em sua abertura semântica, apreende a legitimidade extraordinária negocial, que não é vedada em nenhuma norma do sistema. Ora, se o art. 18 possibilita a irradiação da legitimidade extraordinária, desde que autorizada pelo sistema jurídico, se o art. 190 é justamente a autorização do sistema, o espaço deixado ao autorregramento, e se não há qualquer norma do sistema que proíba o exercício do autorregramento autorizado, a conclusão é lógica: o sistema jurídico autoriza o exercício do autorregramento para a escolha da categoria eficaz no que concerne à legitimidade ad causam. (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie

Firmadas tais premissas, cumpre se observar que os negócios jurídicos processuais que estabeleçam a sucessão ou substituição processual normalmente possuem natureza instrumental. No entanto, podem constituir o próprio mérito do processo, quando o acordo for celebrado no bojo do procedimento de habilitação.

A distinção é significativa e assume efeitos práticos, pois, quando tais acordos forem celebrados no procedimento de habilitação, será necessária a homologação judicial, que, em regra, não é exigível quando o acordo for de natureza instrumental, a teor dos artigos 190 e 200 do CPC/2015. A partir do disposto nesses dispositivos, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado n.º 133, o qual estabelece que: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

Ou seja, a liberdade é a regra, que somente será excepcionada quando houver lei em sentido diverso, *v.g.*, como ocorre com a desistência e com o saneamento por convenção das partes, que depende de homologação, a teor, respectivamente, do parágrafo único do art. 200 e do §2º do art. 357, ambos do CPC/2015.

Nesse sentido, calha se apontar que o saneamento por convenção das partes (§2º do art. 357 do CPC/2015) e o saneamento compartilhado (§3º do art. 357), em regra, constituem negócios jurídicos processuais de natureza instrumental que, todavia, podem assumir o papel de mérito propriamente dito na ação de restauração de autos.

Conforme já referido no capítulo 4, o presente trabalho parte da premissa de que o juiz pode integrar o negócio jurídico processual na qualidade de parte⁶⁰⁷. Assim, a vinculação do juiz não ocorreria por heterolimitação nos saneamentos consensuais e compartilhados, mas por possuir natureza de negócio jurídico plurilateral⁶⁰⁸. Desse

(Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.p. 460.)

⁶⁰⁷ NOGUEIRA. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2017. p. 232.

⁶⁰⁸ “Nosso entendimento é no sentido de que não se trata de homologação do negócio jurídico. As partes, em verdade, propõem ao magistrado o saneamento consensual, devendo aquele consentir com os termos apresentados. Veja-se, no saneamento consensual há a disposição a respeito das questões de fato que serão objeto de prova e de direito relevantes para a decisão, elementos que obviamente influenciam na atuação do juiz no processo. Cabe ao juiz apreciar as provas constantes dos autos e aplicar o direito ao caso. Daí decorre para o magistrado uma situação jurídica no processo caracterizada pelo poder-dever de julgar. Ele titulariza uma situação que tem como elemento necessário toda a matéria de fato e de direito necessárias ao seu convencimento e tomada de decisão. As partes não podem a respeito disso dispor sem que o juiz participe ativamente do negócio processual. Assim, para que o negócio seja plenamente válido, é necessário o encontro de vontades das partes e do magistrado, em típico ato negocial plurilateral, mormente porque, para que o juiz seja legitimamente “vinculado” ao saneamento consensual, é necessário que participe do saneamento consensual como sujeito do negócio.” (AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos

modo, não haveria óbice à admissão da autocomposição, quando o procedimento de restauração de autos fosse iniciado, de ofício, pelo próprio juiz, nos termos da excepcional autorização do art. 712 do CPC/2015⁶⁰⁹.

Nesse sentido, não se pode deixar de observar que questões que, em princípio, poderiam ser objeto de negociação processual podem passar a constituir o próprio mérito da ação, o que impõe a admissibilidade da negociação, da conciliação e da mediação, nos procedimentos de habilitação e de restauração de autos.

A assunção da possibilidade de matérias de natureza procedimentais virem a constituir o mérito do processo corrobora a existência de uma nova “ação autônoma de autocomposição”, cujo único objeto é a submissão da parte contrária ao procedimento de conciliação ou de mediação.

Situação similar já era verificada no art. 17 da Lei n.º 9.099/95, o qual permite a instauração da sessão de conciliação, mesmo sem registro prévio de pedido e citação, quando ambas as partes comparecessem ao Juizado Especial. Nesse procedimento, o único objeto é a realização da conciliação.

A possibilidade de ajuizamento de ação autônoma de autocomposição encontra, implicitamente, fundamento de validade no próprio CPC/2015, visto que o seu art. 319, VII, passou a prever a possibilidade de o autor decidir, unilateralmente, pela realização da audiência de conciliação ou mediação, quando declarar o desejo de que tal ato seja realizado⁶¹⁰. Ademais, o autor pode desistir da ação, ao término da audiência de conciliação ou mediação, independentemente da concordância do réu, já que essa somente é exigível após a contestação, conforme leitura a *contrario sensu* do §4º do art. 485 do CPC/2015, o qual dispõe que: “Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

processuais. **Revista de Processo**. vol. 246. Ago., p. 219-238, 2015.) / “Além dos negócios jurídicos processuais típicos remanescentes do Código Buzaid, a Lei 13.105/2015 trouxe novos dispositivos: (i) a redução de prazos peremptórios (art. 222, § 1º); (ii) o calendário processual (art. 191); (iii) escolha consensual do perito (art. 471); (iv) audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art. 357, § 3º); (v) acordo de saneamento ou saneamento consensual (art. 364, § 2º); e (vi) desistência de documento cuja falsidade foi arguida (art. 432, parágrafo único).” (GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 267. Maio, p. 43-73, 2017.)

⁶⁰⁹ Eduardo Sodré leciona que, nessa hipótese, o juiz deve publicar portaria com a observância dos mesmos requisitos da petição inicial, especificados no art. 713 do CPC/2015 (SODRÉ, Eduardo. Comentários ao art. 712 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1653.)

⁶¹⁰ Tal poder também é conferido ao réu, pois apenas a não realização da audiência de conciliação ou mediação depende de conjugação da vontade de ambos, na forma do art. 334, §4º, I, do CPC/2015.

Portanto, resta claro que o autor tem o poder de decidir, unilateralmente, pela instauração de processo que se iniciaria e encerraria na audiência de conciliação ou mediação.

Ademais, o inciso II do art. 381 do CPC/2015 previu a possibilidade de instauração de procedimento para a produção de prova, com o exclusivo escopo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, sem que haja qualquer urgência ou risco de perecimento dessa prova.

Nesse caso, não parece crível que o CPC/2015 tenha admitido o exercício do direito de ação para viabilizar a autocomposição, quando essa necessitar de prévia produção probatória, e não tenha admitido o exercício de igual direito quando a produção de prova for desnecessária.

Nesse sentido, em razão da íntima correlação entre elas, a ação autônoma de autocomposição deve observar o procedimento da antecipação de provas, prevista no inciso II do art. 381 do CPC/2015.

Sob a égide do Código antecedente, a antecipação de provas estava prevista nos artigos 846 a 851 como cautelar típica. No CPC/2015, a antecipação de provas migrou para o capítulo “Das Provas”, dentro do Procedimento Comum. Além de incorporar técnicas das antigas cautelares de arrolamento e justificação, ampliou suas hipóteses de cabimento para situações não cautelares, como os incisos II e III do art. 381.

A hipótese do inciso II desse artigo é a que interessa ao presente estudo. No dito dispositivo, restou consagrado o cabimento da produção antecipada de prova, quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

Em que pese sua situação topográfica (dentro do procedimento comum), salta aos olhos que se trata de ação especial, uma vez que se destina à produção de prova, necessariamente, antes do ajuizamento da ação principal. Nesse sentido, Eduardo Talamini explica que: “[...] Se em processo já em curso justificar-se a produção de uma prova antes da fase instrutória, aplica-se o art. 139, VI, e não a medida ora examinada”⁶¹¹. Fredie Didier Jr., ao discorrer sobre o tema, defende que o disposto no art. 381 possui natureza de “jurisdição voluntária”.

⁶¹¹ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 381 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.590

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.⁶¹²

Portanto, o inciso II do art. 381 do CPC/2015 consagra, em favor das partes, um direito autônomo à produção antecipada de provas destinadas a viabilizar a autocomposição, desprendido de processo heterocompositivo futuro⁶¹³.

A ação autônoma de autocomposição – assim como a produção antecipada de prova para fins de autocomposição – tem fundamento no Princípio do Livre Acesso à Justiça, insculpido no art. 3º do CPC/2015⁶¹⁴ – norma que deve ser compreendida no seu aspecto bifronte, visto que, além de instrumentalizar a postulação de direitos, por si só, consubstancia um direito autônomo.

Apesar de existir grande semelhança entre a ação autônoma de autocomposição e a “reclamação pré-processual”, ambas não se confundem. A reclamação pré-processual foi prevista, inicialmente, nos arts. 8º, §1º, e 10 da Resolução CNJ n.º 125, de 29 de novembro de 2010, sem que fosse estabelecida qualquer regulamentação procedimental acerca do seu processamento. Tais normas se limitam a firmar a competência e a organização dos CEJUSCS para o processamento da reclamação pré-processual.

Posteriormente, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região editou a Resolução conjunta n.º 004, de 19 de abril de 2016, a qual não trouxe nenhum regramento procedimental acerca do dispositivo, dado que se limitou a tratar da organização da estrutura judiciária responsável pela tramitação da reclamação pré-processual e da audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do CPC/2015.

⁶¹² DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 134

⁶¹³ SCHIMITIZ, Leonardo Ziesemer. Comentários ao art. 381 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 570.

⁶¹⁴ Leonardo Carneiro da Cunha defende que o Princípio do Livre Acesso à Justiça pode ser extraído do art. 3º do CPC/2015, sendo que o direito de ação é assegurado não apenas com a remoção de obstáculos financeiros, mas com a instituição de técnicas processuais adequadas à satisfação do alegado direito material. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 3º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31-32.)

Logo após, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF n.º 398, de 04 de maio de 2016, a qual trouxe um capítulo especificamente destinado à reclamação pré-processual, com apenas um único artigo (art. 24)

Art. 24. Qualquer conflito de interesse em que houver possibilidade de acordo poderá, previamente, ser submetido ao sistema de conciliação e mediação pré-processual.

§ 1º Nos requerimentos pré-processuais, a parte interessada, caso não tenha advogado, poderá formular a solicitação com o auxílio do setor responsável pelo registro de termos, da Defensoria Pública ou dos Núcleos de Prática Jurídica, onde houver.

§ 2º As solicitações dos interessados serão protocoladas no setor de protocolo e distribuição, onde receberão numeração única e serão encaminhados para classificação como requerimento pré-processual, vem como distribuídos à unidade de conciliação e mediação da seção/subseção judiciária, se houver.

§3º Não havendo unidade de conciliação e mediação na seção/subseção de distribuição deverá encaminhá-lo ao juízo, ao juizado ou à vara competentes, conforme o valor da causa, por livre sorteio, seguindo o mesmo procedimento dos demais processos.

§4º Não será recebida no protocolo requerimento pré-processual que não contenha CPF/CNPJ do requerente, bem como endereço e número telefônico dos envolvidos. É recomendável, ainda, a indicação do endereço eletrônico.

§5º O acordo celebrado entre as partes será homologado por magistrado no momento da audiência ou posteriormente e valerá como título executivo judicial.

§6º Descumprido o acordo, o interessado poderá ajuizar a execução do título judicial, a ser distribuída livremente a uma das varas federais ou juizados especiais competentes, conforme a lei.

A partir de tal dispositivo, mostra-se possível extrair a primeira distinção da reclamação pré-processual em relação à ação autônoma de autocomposição. Esta exige a representação dos interessados por advogados ou defensores públicos, na forma do §9º do art. 334 do CPC/2015, ao passo que aquela dispensa a presença desses profissionais, nos termos do §1º do art. 24 da Resolução CJF n.º 398/2016.

Em 23 de fevereiro de 2017, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Resolução n.º 15/2017, a qual regulamentou a reclamação pré-processual, nos seguintes termos: 1ª) a utilização da reclamação pré-processual não induz prevenção, interrupção de prescrição e constituição de mora, nem torna litigiosa a coisa; 2º) o reclamado é convidado para participar da conciliação ou mediação, por meio de carta-convite; 3º) é possível o registro da reclamação sem a assistência de advogado ou defensor público; 4º) a não obtenção do acordo importa em arquivamento da reclamação.

Feitas tais considerações, resta claro que, apesar de a reclamação pré-processual possuir pontos de contato com a ação autônoma de autocomposição, com essa não se confunde.

Tratando-se de efetivo exercício de direito de ação, é imperioso que na ação autônoma de autocomposição ambas as partes sejam assistidas por advogados ou defensor público, na forma do §9º do art. 334 do CPC/2019.

A parte contrária do conflito deve ser efetivamente citada e não apenas convidada a participar da conciliação ou mediação. Ao contrário do CPC/1973, o qual dispunha que a citação era o ato pelo qual o réu ou o interessado era chamado a juízo para se defender, o art. 238 do CPC/2015 dispõe que “a citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”, o que afasta a ideia de necessidade de lide.

Em razão de o réu ser chamado por meio de citação, verifica-se a ocorrência da interrupção da prescrição e a constituição da mora, as quais se operam por força do art. 240 do CPC/2015.

Todavia, não se pode falar em prevenção para eventual ação posterior em que se postule direito material, visto que a ação autônoma de autocomposição deve observar o regramento do §3º do art. 381, o qual dispõe que: “a produção antecipada de prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”.

O efeito de tornar litigiosa a coisa não se opera da mesma forma que uma ação litigiosa em razão do disposto no §2º do art. 515 do CPC/2015, o qual estabelece que: “A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”. Ademais, tal regra deve ser lida em consonância com o §1º do art. 382 do CPC/2015, o qual autoriza a citação de interessados na autocomposição de ofício pelo juiz.

A ausência de quaisquer das partes, injustificadamente, à audiência de conciliação ou mediação deve ser vista como ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa (art. 334, §8º). Outrossim, a ausência à audiência de conciliação ou mediação, nesse procedimento, consubstancia efetiva resistência ao objeto da ação, o que autoriza a condenação em honorários advocatícios da parte que se ausentou de forma injustificada, com fundamento no princípio da causalidade, tal

qual ocorre quando o réu deixa de apresentar documento comum no procedimento de produção antecipada de prova⁶¹⁵.

O §4º do art. 382 do CPC/2015 estabelece que não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada. Fredie Didier Jr. defende que tal dispositivo deve ser lido de modo não literal, para se admitir a defesa de questões próprias do procedimento de produção antecipada de prova e que não se confundem com o objeto da ação, na qual se postula o direito material afeto a essa prova, *v.g.*, questões afetas à competência, ao próprio direito à ação ou ao modo de produção de prova. Nessas hipóteses, não haveria prazo legal para o oferecimento de contestação, o que autorizaria o juiz a fixá-lo em observância à complexidade do ato (art. 218, §1º, do CPC/2015). Caso não fixado o prazo pelo juiz, seria ele de 5 dias, a teor do art. 218, §3º, do CPC/2015⁶¹⁶.

Tal autor ainda leciona que caberá apelação no caso de indeferimento total da prova, e que caberá agravo de instrumento na hipótese de indeferimento parcial da prova⁶¹⁷. De fato, o indeferimento parcial da prova terá natureza de decisão interlocutória de mérito. Contudo, parece que não seria cabível a interposição de agravo de instrumento, por dois motivos: 1º) admitir a interposição de agravo de instrumento importa no completo esvaziamento da norma do art. 382, §4º, do CPC/2015; 2º) em razão de o indeferimento parcial da prova não impedir que ela seja novamente requerida, em processo posterior em que se discuta o direito material, a partir de uma leitura conjunta do art. 382, §4º, com o §1º do art. 1.009, ambos do CPC/2015, dado que esse afirma não haver preclusão da questão decidida, se a decisão não comportar agravo.

Tal regramento deve ser observado na ação autônoma de autocomposição, a qual não admitirá, em regra, defesa e recurso. Entretanto, desde já, visualiza-se a possibilidade de oferecimento de contestação em razão de incompetência do juízo ou

⁶¹⁵ “[...] Conforme previsão do artigo 382, §4º do CPC/2015, da decisão proferida em cautelar antecipação de provas só caberá a interposição de recurso na hipótese de indeferimento total da produção probatória pleiteada pelo requerente. O entendimento consolidado pelo c. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, demonstrada a resistência da parte ré em ações cautelares de produção antecipada de provas, são devidos os honorários advocatícios.” (TJMS; AC 0002960-89.2010.8.12.0026; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges; DJMS 22/02/2019; Pág. 145)

⁶¹⁶ DIDIER JR. Fredie. Produção Antecipada de Prova. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Provas**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3, p. 656.

⁶¹⁷ DIDIER JR. Produção Antecipada de Prova. 2016. p. 656.

quando a impugnação for afeta ao próprio direito à autocomposição, como, v.g., pode ocorrer quando ou o autor estiver propondo a ação pela segunda vez, após a frustração da primeira, ou quando não se admitir a autocomposição, na forma do inciso II do §4º do art. 334 do CPC/2015. Inclusive, nessas duas hipóteses, seria cabível recurso de apelação.

Obtido o acordo entre as partes, o juiz proferirá sentença homologatória de resolução do mérito, com fundamento no art. 487, III, do CPC/2015. Caso os interessados não logrem solucionar o conflito através da mediação ou da conciliação, o juiz deverá proferir sentença homologatória, similar àquela que é proferida no procedimento de produção antecipada de provas, na qual a homologação se restringe a atestar a regularidade do procedimento⁶¹⁸.

A ação autônoma de autocomposição pode apresentar reais vantagens em relação à reclamação pré-processual. Esta pode ter seu uso inviabilizado, caso haja risco de atingimento do prazo prescricional, durante a sua tramitação. Ao contrário, a ação autônoma de autocomposição não oferece tal risco, visto que interromperia o prazo prescricional e constituiria em mora a parte contrária.

Outra vantagem seria a dispensa de designação de audiência de conciliação ou mediação em ação posteriormente ajuizada, caso reste frustrada a tentativa de autocomposição. Isso, porque, apesar de o comparecimento ser obrigatório, a permanência na conciliação e na mediação é facultativa, em razão da leitura ampla que deve ser conferida ao §2º do art. 2º da Lei de Mediação, o qual dispõe que: “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. Apesar de essa norma ter sido editada apenas para a mediação, ela deve ser aplicada também para a conciliação, pois o seu comando se apresenta como concretização da autonomia da vontade, a qual é princípio comum a ambos os tratamentos de conflito.

Assim, o réu não pode ser submetido a quantas tentativas de autocomposição ao autor aprover. Frustrado o primeiro tentame judicial de autocomposição, nova tentativa depende da concordância de ambas as partes, sob pena de se manter o réu

⁶¹⁸ “[...] Em ação de antecipação de provas, a sentença proferida é meramente homologatória, devendo o Juiz atentar apenas às formalidades legais, sem ingressar na análise do mérito. De outra parte, nos termos do art. 382, § 4º do CPC, o procedimento de antecipação de provas não admite recurso. Ainda que não fosse, a ausência de resistência da requerida e considerada satisfeita a obrigação, nada é devido a títulos de honorários sucumbenciais, máxime quando demonstrada a exibição dos documentos requeridos.” (TJSP; APL 1009769-82.2018.8.26.0196; Ac. 12199869; Franca; Trigesima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Kioitsi Chicuta; Julg. 11/02/2019; DJESP 18/02/2019; Pág. 2939)

em procedimento de conciliação e mediação contra a sua vontade, o que não pode ser admitido.

Uma grande vantagem da ação autônoma de autocomposição diz respeito ao maior equilíbrio argumentativo entre as partes, visto que, no procedimento comum, em ação em que se postula o direito material, o réu somente ofertará contestação após a conciliação ou mediação, enquanto que o autor já seria obrigado a declinar todos os seus fundamentos na petição inicial. A ação autônoma de autocomposição, por outro lado, desincumbiria o autor de declinar todos os fundamentos de fato e de direito material que poderia defender em futura ação, bastando fundamentar os contornos principais do conflito, porquanto o objeto da conciliação e da mediação não se restringe aos termos da petição inicial, na forma do §2º do art. 515 do CPC/2015.

Observa-se que a ação autônoma de autocomposição e a de produção antecipada de prova apresentam procedimento especial que as distingue consideravelmente do procedimento comum, e, ainda assim, é da essência de ambas o foco na solução consensual.

Assim, a especialidade do procedimento, por si só, não pode ser obstáculo à realização de audiência de conciliação ou de mediação, razão pela qual devem ser afastados os óbices que porventura sejam opostos à realização da autocomposição nos procedimentos de inventário e partilha e na regulação de avaria grossa.

Nas relações jurídicas oriundas do direito sucessório, assim como do Direito de Família, verifica-se o aspecto continuativo da relação jurídica fundada no parentesco, o que faz a mediação despontar como importante instrumento de gestão do conflito com enfoque precípua nas pessoas e nos seus verdadeiros interesses⁶¹⁹.

Inclusive, tal característica já foi percebida pelo legislador, ainda sob a égide do CPC/1973, quando a Lei n.º 11.441/2007 passou a possibilitar a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais pela via administrativa. Tal lei representou importante modificação legislativa, visto que a redação original do art. 982 do CPC/1973 impunha o processamento do inventário e partilha pela via judicial.

A possibilidade de realização de inventário e partilha extrajudiciais foi mantida pelo CPC/2015, ao dispor, no seu art. 610, *caput* e §1º, que o inventário e partilha

⁶¹⁹ TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei n. 11.441/2007: diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 9, p. 157-173, 2007.

podem ser feitos por escritura pública, desde que todos os interessados sejam capazes e concordes, e que não haja testamento.

Nesse sentido, cumpre se observar que, apesar de o CPC/2015 reproduzir a vedação que constava no diploma que o antecedeu – no tocante à impossibilidade de realização do inventário extrajudicial, quando houver testamento –, tal proibição não pode ser tida como absoluta, pois já era amplamente admitida a realização de inventário extrajudicial, quando houvesse testamento previamente registrado em juízo ou homologado posteriormente, nos termos do Enunciado n.º 01 do Colégio Notarial do Brasil, aprovado no ano de 2014, no XIX Congresso Notarial Brasileiro: “É possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que previamente registrado em juízo ou homologado posteriormente pelo Juízo competente”. No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal, na sua VII Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 28 e 29 de setembro de 2015, aprovou o Enunciado n.º 600, com o seguinte teor: “Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial”.

O Código de Processo Civil previu o procedimento de inventário e partilha no Capítulo VI do Título III, este destinado a regular os procedimentos especiais. Note-se que o inventário e partilha não foi previsto como procedimento de jurisdição voluntária, apesar de possuir o litígio como elemento não essencial à demanda⁶²⁰.

O CPC/2015, além de prever o procedimento especial de inventário, também previu uma modalidade simplificada de procedimento, chamada de “arrolamento”, o qual se divide duas espécies: arrolamento sumário e comum. Aquele é empregado quando se tratar de (1) partilha amigável entre herdeiros capazes (art. 659 do CPC/2015), ou quando se tratar de (2) pedido de adjudicação por herdeiro único (§1º do art. 659 do CPC/2015). Já o arrolamento comum se mostrará cabível quando (1) o valor do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos (art. 664 do CPC/2015), ou quando (2) o valor do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, e houver interesse de incapaz, desde que todas as partes e o Ministério Público sejam

⁶²⁰ “O inventário constitui medida de jurisdição contenciosa, já que admite plena controvérsia sobre os bens a serem partilhados e sobre a forma de partilha em si. Poderia, porém, ter sido este procedimento colocado entre os procedimentos de jurisdição voluntária, já que o litígio não é essencial à demanda, sendo certo que também nos procedimentos de jurisdição voluntária é possível o surgimento ocasional de lide.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 2015. p. 191.)

concordes (art. 665 do CPC/2015). Desse modo, podemos identificar três diferenças básicas entre o arrolamento comum e o sumário.

[...] (a) enquanto no arrolamento sumário é indispensável que todas as partes estejam concordes quanto à partilha, esta não é uma exigência para o arrolamento comum; (b) enquanto no arrolamento sumário é indispensável que todas as partes estejam capazes, este requisito não é exigido para o arrolamento comum; (c) enquanto no arrolamento sumário o somatório do valor dos bens integrantes do espólio não encontra limite máximo, o teto do valor da soma dos bens do espólio no arrolamento comum é de 1.000 (mil) salários mínimos.⁶²¹

A partir da variedade ritual que o inventário pode apresentar, resta clara a variedade de conflitos que podem eclodir, a partir da abertura da sucessão hereditária ou no curso do procedimento, visto que podem surgir controvérsias acerca da qualidade e do valor dos bens que integram o espólio, da qualidade de herdeiro legítimo ou legatário, do cálculo do tributo, da necessidade ou da correção da colação, do pagamento de dívidas, da própria partilha, dentre outras questões.

É possível se extrair a multiplicidade de conflitos que podem surgir a partir do próprio conceito de inventário proposto por Antônio Carlos Marcato, nos seguintes termos:

Inventário (do latim *invenire*: achar, encontrar) é, portanto, o arrolamento detalhado dos bens, créditos e quaisquer outros direitos integrantes do acervo hereditário (*monte-mór* ou *herança bruta*), tendo por objeto a apuração da *herança líquida* (ou *monte-partível*) e sua posterior partilha entre os herdeiros (ou adjudicação, havendo apenas um) ou, sendo o caso, entre os legatários, cessionários e credores do espólio.⁶²²

Assim, mostra-se adequada a opção legislativa de não prever a realização da audiência de conciliação ou mediação, no início do processo, na forma do art. 334 do CPC/2015, nem em momento posterior. Na verdade, a variedade de conflitos que podem surgir antes do ajuizamento ou no curso do inventário impossibilita que o legislador, antecipadamente, visualize o momento adequado para a tentativa de autocomposição.

⁶²¹ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Comentários aos art. 659 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 890-891.

⁶²² MARCATO. **Procedimentos especiais**. 2018. p. 173.

Por essa razão, a ausência de previsão de audiência de conciliação ou mediação não pode ser interpretada como impossibilidade de sua realização⁶²³. A audiência deve ser realizada no momento em que o magistrado entender ser o mais adequado, diante da realidade do caso concreto, com fundamento no art. 139, V, do CPC/2015, ou, ainda, quando as próprias partes manifestarem o desejo de negociar acerca das questões materiais e processuais surgidas no procedimento.

No inventário, apresenta-se como possível a realização tanto de audiência de mediação, quanto da audiência de conciliação, a depender do conflito que se presta a tratar. Assim, em regra, a mediação se mostrará mais adequada quando a disputa estiver sendo travada entre os herdeiros legítimos e testamentários, ao passo que a conciliação pode se mostrar mais adequada quando a disputa envolver credores ou a Fazenda Pública.

Note-se que a autonomia da vontade encontra condicionantes específicas no inventário, uma vez que, na forma do art. 619 do CPC/2015, o inventariante depende de autorização judicial para: (1) alienar bens de qualquer espécie; (2) transigir em juízo ou fora dele; (3) pagar dívidas do espólio; (4) fazer as despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

A partilha também possui parâmetros específicos, dado que o art. 648 do CPC/2015 estabelece a observância: (1) da máxima igualdade possível quanto ao valor, à natureza e à qualidade dos bens; (2) da prevenção de litígios futuros; (3) da máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso. Note-se que o CPC/2015 ampliou os parâmetros da partilha, porquanto o art. 2.017 do Código Civil previa que: “No partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível”.

Cumpra-se observar, contudo, que tais parâmetros se direcionam mais ao julgamento pelo magistrado, uma vez que não são de observância cogente pelos interessados, no exercício da autonomia da vontade, o que pode ser depreendido da própria posição topológica do dispositivo, a qual deixa claro o escopo de regulamentar os procedimentos de inventário com decisão adjudicada⁶²⁴.

⁶²³ CARLOS, Helio Antunes; MENDONÇA, Gabriela Sarmiento de. **Breve estudo da autonomia privada no processo de inventário e partilha**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. nº 26, Set./Out, p. 88-107, 2018.

⁶²⁴ “A colocar uma pá de cal no debate, é evidente que o artigo 648 do CPC/15 não pode ser lido desapegado da sua posição lógica e geográfica. Isso porque a regra processual antecedente – art. 647 do CPC/15 (que substitui o art. 1.022 do Código de 1973) – indica que o artigo 648 está tratando de situação em que a partilha será feita por decisão do juiz (substitutiva da vontade das partes), pois os

Por fim, impende se apontar que a autocomposição permite a obtenção de soluções que não seriam possíveis através da decisão adjudicada. Em relação ao objeto do presente estudo, ganha especial destaque o planejamento sucessório, o qual deve ser compreendido como: “[...] o conjunto de ações jurídicas lícitas, voltadas para a transmissão do patrimônio de uma pessoa natural aos seus sucessores, em vida ou *post mortem*, seja por meios contratuais, seja por inventário (judicial ou administrativo)”⁶²⁵.

Acerca do tema, Anne Lacerda de Brito destaca, dentre outros instrumentos, a possibilidade de constituição de uma *holding* para evitar a liquidação das cotas de sociedade que tinha, em seu quadro societário, o *de cuius*, bem como para gerar uma gestão mais eficiente do acervo hereditário⁶²⁶. Trata-se de solução que jamais poderia ser obtida pela via heterocompositiva e que preserva a sociedade e confina na *holding* os conflitos de origem familiar, que poderiam representar perdas para todos os interessados.

Portanto, a ausência de previsão de audiência de conciliação ou mediação no procedimento do inventário e partilha não pode ser interpretada como vedação à sua realização, visto que, diante da natureza dos conflitos e das possibilidades de soluções construtivas que podem ser adotadas na via autocompositiva, mostra-se mais do que recomendável a sua realização.

Da mesma forma, a especialidade do procedimento de regulação de avaria grossa, por si só, não é óbice à designação de audiência de conciliação ou de mediação. Do mesmo modo, o simples fato de não ter sido prevista tal audiência no procedimento não pode ser interpretado como vedação à sua designação.

Para uma adequada compreensão do procedimento de regulação de avaria grossa e dos conceitos que lhe são afetos, mostra-se imprescindível a observação da legislação com a qual o CPC/2015 dialoga.

herdeiros postulam o seu quinhão próprio, não havendo consenso sobre a partilha.[...]” (TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo. Inventário e partilha no CPC/2015: pontos de destaque entre a relação entre os direitos material e processual. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15. p. 597-600.

⁶²⁵ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. O planejamento sucessório e o novo Código de Processo Civil. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15. p. 720.

⁶²⁶ BRITO, Anne Lacerda de. Planejamento sucessório à luz do novo Código de Processo Civil. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15. p. 743-748.

No plano internacional, a preocupação com a unificação das regras acerca da avaria grossa resultou na criação das Regras de York, em 1864, pela *National Association for the Promotion of Social Science*. Tais regras sofreram uma revisão em 1877 pela *Association for the Reform and Codification of the Law of Nations*, passando a se chamarem Regras de York-Antuérpia⁶²⁷. Posteriormente, tais regras passaram por várias revisões, sendo que a última foi realizada no ano de 2016, no âmbito do Comitê Marítimo Internacional⁶²⁸.

No âmbito interno, a primeira legislação a tratar da avaria grossa foi o Código Comercial de 1850, o qual trouxe um rol não taxativo de avarias classificadas como tal⁶²⁹, além de conceituá-la, nos seguintes termos:

E, em geral, os danos causados deliberadamente em caso de perigo ou desastre imprevisto, e sofridos como consequência imediata destes eventos, bem como as despesas feitas em iguais circunstâncias, depois de deliberações motivadas (artigo nº. 509), em bem e salvamento comum do navio e mercadorias, desde a sua carga e partida até o seu retorno e descarga.

Nos termos do art. 763 do Código Comercial, as avarias podem ser de duas espécies: avarias grossas (ou comuns) e avarias simples (ou particulares). A responsabilidade das primeiras é repartida proporcionalmente entre o navio, seu frete e a carga, enquanto a das segundas deve ser suportada, ou só pelo navio, ou só pela coisa que sofreu o dano ou que deu causa à despesa.

A responsabilidade pela avaria grossa (ou comum) se apresenta como um regime especial de contrato de transporte, o qual excepciona o regime geral do art. 733 do Código Civil e estabelece um sistema de rateio das despesas e prejuízos, causados intencionalmente e com o objetivo de evitar dano maior e imediato à embarcação ou à carga, durante o transporte marítimo. Desse modo, são requisitos para a configuração da avaria grossa: (a) a intencionalidade; (b) a extraordinariedade; (c) a razoabilidade do sacrifício, analisado no caso concreto; (d) a iminência de dano

⁶²⁷ MOURÃO, Mariana Mazzeiro. Da responsabilidade civil do transportador marítimo. **Revista de Direito Privado**. vol. 33. Jan./Mar., p. 215-235, 2008.

⁶²⁸ *York Antwerp Rules*. **Comite Maritime Internacional**. Disponível em: <<https://comitemaritime.org/work/york-antwerp-rules-yar/>>. Acesso em 12/04/2019.

⁶²⁹ MOREIRA, Ana Carolina de Toledo; CARBONAR, Dante Olavo Frazon. **Avaria Grossa**: do Código Comercial ao novo Código de Processo Civil 2015. *Revista de Processo*. vol. 24. Nov., 2015. p. 327-346.

maior; (e) a observância das formalidades quanto à lavratura de ata com registro no diário de bordo⁶³⁰.

Posteriormente, o CPC/1939 previu um procedimento para a regulação da avaria grossa nos arts. 765 a 768, o qual persistiu na regulamentação da matéria sob a égide do Código que lhe sucedeu, em decorrência do disposto no art. 1.218, XIV, do CPC/1973.

O CPC/2015, por sua vez, previu um procedimento especial para a regulação da avaria grossa, cujo desenvolvimento se opera em três etapas: (1) preparatória; (2) regulação propriamente dita; (3) liquidação. A primeira etapa tem por escopo a realização das seguintes atividades: citação dos interessados e nomeação do regulador de avarias; possibilidade de oferta de impugnação à declaração de abertura da avaria; prestação de garantias idôneas para a liberação da carga; caução do valor de contribuição provisória; alienação judicial da carga. A segunda etapa se destina ao recolhimento da documentação necessária à regulação, bem como à apresentação do regulamento. Este deve ser compreendido como o laudo técnico no qual será apresentado o histórico das avarias, a distinção entre as avarias grossas e as avarias particulares, o estabelecimento do montante dos danos e despesas, e no qual será determinada a contribuição de cada um dos interessados na repartição desses custos. Por fim, a última etapa consiste na homologação, por sentença, do regulamento, no caso de não ter havido impugnação a tal documento ou de essa ter sido rejeitada⁶³¹.

Como se pode perceber, o procedimento da regulação de avaria grossa se desenvolve através de variados atos processuais, os quais se operam de forma fragmentada, em etapas. Por essa razão, é intuitivo que o conflito entre os interessados vai sofrendo sucessivas modificações em sua feição ao longo do procedimento, o que pode, a depender do caso concreto, aumentar ou diminuir a escala conflitiva entre as partes envolvidas.

Em virtude disso, não teria como o legislador prever, antecipadamente, qual seria o melhor momento para a realização da tentativa de autocomposição. Assim, a audiência de conciliação ou mediação deve ser realizada no procedimento de regulação de avaria grossa quando o magistrado entender mais conveniente,

⁶³⁰ MAZZEI, Rodrigo; RISK, Werner Braun. Da regulação de avaria grossa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1637-1638.

⁶³¹ MARCATO. **Procedimentos especiais**. 2018. p. 296-299.

observada a vontade dos interessados, com fundamento no art. 3º, §§ 2º e 3º, e do art. 139, V, ambos do CPC/2015.

Por fim, por tudo o que foi dito, cumpre se observar que o CPC/2015, além de desempenhar intenso papel dialógico interno entre os seus próprios procedimentos, também desempenha ampla comunicação com diversos diplomas normativos. Inclusive, diante da relação circular de retroalimentação entre direito material e direito processual, desdobramento do formalismo-valorativo, não se pode desconsiderar o importante papel desempenhado pelo Código Civil de 2002, nesse microsistema de autocomposição, pois, além de regular os negócios jurídicos em geral, as obrigações e os contratos, também demonstra uma nova visão despatrimonializada do Direito Civil – por incidência do princípio da dignidade da pessoa humana – e desempenha o papel de vetor direto e instrumento de ligação com outros diplomas legais, através de suas próprias cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

6.2. OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS QUE REGEM A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

O CPC/2015, a Lei de Mediação e a Resolução CNJ n.º 125/2010 não foram sistematizados, de forma idêntica, no tocante às normas que informam e orientam a mediação e a conciliação.

O CPC/2015 consagrou, no art. 166, que “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

A Lei n.º 13.140/2015 instituiu, em seu art. 2º, que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: “I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé”.

De plano, observa-se que o CPC/2015 previu os princípios da independência e da decisão informada, sem que exista correspondente na Lei de Mediação, enquanto esta lei previu os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé sem que tais princípios estejam previstos no CPC/2015.

Já a Resolução CNJ n.º 125/2010, ao instituir o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, no Anexo III, realiza uma separação entre princípios e

garantias da conciliação e da mediação judicial (art. 1^a)⁶³² e regras que regem os procedimentos de conciliação e de mediação (art. 2^o)⁶³³. Além de explicitar o conteúdo das leis anteriormente citadas, também traz novos conceitos relativos à competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, ao empoderamento, à validação, à informação, à ausência de obrigação de resultado, à desvinculação da profissão de origem e à compreensão quanto à conciliação e à mediação.

A ausência de simetria na regulamentação resta tão evidente, que apenas os princípios da imparcialidade e da confidencialidade receberam tratamento uniforme nos três diplomas. Não obstante, por força do §2^o do art. 1.046 do CPC/2015, mostra-se possível a integração entre os três diplomas normativos, em caráter complementar, razão pela qual todos os princípios previstos na Lei de Mediação também são aplicáveis à conciliação.

Nesse sentido, sequer se mostraria razoável sustentar que os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé seriam aplicáveis apenas à mediação. Tais princípios são igualmente aplicáveis à conciliação.

⁶³² Art. 1^o - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

⁶³³ Art. 2^o As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: I - Informação [...]; II - Autonomia da vontade [...]; III - Ausência de obrigação de resultado [...]; IV - Desvinculação da profissão de origem [...]; V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação [...].

Princípios da Conciliação e Mediação no Código de Processo Civil (ART. 166)	Princípios da Mediação na Lei n.º 13.140/2015 (ART. 2º)	Princípios e garantias que regem a conciliação e mediação na Resolução CNJ n.º 125/2010 (art. 1º do Anexo III)	Regras que regem a conciliação e mediação na Resolução CNJ n.º 125/2010 (art. 2º do Anexo III)
INDEPENDÊNCIA		INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA	
IMPARCIALIDADE	IMPARCIALIDADE	IMPARCIALIDADE	
AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES	AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES		AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES
CONFIDENCIALIDADE	CONFIDENCIALIDADE	CONFIDENCIALIDADE	
ORALIDADE	ORALIDADE		
INFORMALIDADE	INFORMALIDADE		
DECISÃO INFORMADA		DECISÃO INFORMADA	INFORMAÇÃO
	ISONOMIA ENTRE AS PARTES		
	BUSCA DO CONSENSO		
	BOA-FÉ		
		COMPETÊNCIA	
		RESPEITO À ORDEM PÚBLICA E ÀS LEIS VIGENTES	
		EMPODERAMENTO	
		VALIDAÇÃO	
			AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO
			DESVINCULAÇÃO DA PROFISSÃO DE ORIGEM
			COMPREENSÃO QUANTO À CONCILIAÇÃO E À MEDIAÇÃO

Fonte: elaborado pelo próprio autor da dissertação.

Assim, antes de analisar o conteúdo de cada um desses princípios e regras, impõe-se a clarificação da distinção que será adotada entre cada uma dessas espécies normativas, como forma de se evitarem equívocos interpretativos, bem como para possibilitar a identificação dos efeitos práticos que decorrerão dessas premissas.

Ronald Dworkin constrói uma teoria dos princípios com o escopo de combater as premissas do positivismo jurídico, na qual estabelece uma distinção entre princípios e regras, de natureza lógica. As regras são aplicáveis segundo a lógica do “tudo-ou-nada”, pois, quando duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em decorrência de sua maior importância. Quando se verifica o conflito entre regras, uma delas não pode ser tida como válida ou se deve reconhecer uma exceção à regra que afaste a antinomia. Por outro lado, os princípios têm uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem. Quando os princípios entram em conflito, o intérprete deve resolvê-lo a partir da força relativa que cada um possui⁶³⁴.

Robert Alexy, por sua vez, distingue as regras dos princípios, por entender que esses últimos não apresentam uma dimensão de peso, tal qual defendido por Dworkin. Para Alexy, os princípios são normas de otimização que podem ser satisfeitas em

⁶³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-46.

graus variáveis, sem que seja afetada a sua validade, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, enquanto as regras podem ser ou não satisfeitas, sendo que a sua não satisfação deve necessariamente decorrer do reconhecimento de sua invalidade ou do reconhecimento de existência de exceção à regra⁶³⁵.

[...] Nessa direção a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatório, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. [...] A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy - não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.⁶³⁶

Humberto Ávila, por sua vez, defende uma teoria tricotômica, uma vez que não divide as normas apenas em regras e princípios⁶³⁷, pois agrega os postulados como

⁶³⁵ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. [...] Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 90-93)

⁶³⁶ ÁVILA. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2018. p. 57-59.

⁶³⁷ As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2018. p. 102)

uma terceira categoria. Para Humberto Ávila, os postulados podem ser meramente hermenêuticos – os quais se destinam à compreensão em geral do Direito – ou aplicativos – estes exercem a função de estruturação da aplicação correta do Direito. Por essa razão, os postulados seriam metanormas ou normas de segundo grau, uma vez que são normas que se destinam à orientação da aplicação de outras normas⁶³⁸.

Essa última posição não será a adotada no presente trabalho, pois não parece se adequar à técnica utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual, na Resolução n.º 125/2010, apenas distinguiu os princípios das regras, sem fazer qualquer referência aos postulados. Ademais, tal resolução consagra, no inciso VI do art. 1º do Anexo III, o Respeito à Ordem Pública e às Leis Vigentes, expressamente, como um princípio e não como um postulado, apesar de tal norma exercer claro papel de metanorma, o que permite a conclusão de que a Resolução CNJ n.º 125/2010 se afasta da classificação proposta por Humberto Ávila.

Por essa razão, o presente trabalho seguirá a orientação de Robert Alexy, pois, além de se compatibilizar melhor com a Resolução n.º 125/2010, tal teoria goza de grande prestígio na doutrina nacional, exatamente por se harmonizar com o nosso ordenamento jurídico, tal qual se encontro posto.

Saliente-se que não se trata de mera divisão acadêmica, porque a distinção entre regras e princípios, bem como a compreensão de que esses últimos podem ser satisfeitos em graus variáveis, apresenta relevantes repercussões pragmáticas, como se verá adiante.

Inclusive, a percepção de que os princípios podem ser satisfeitos em graus variáveis permite a conclusão de que um único princípio pode apresentar intensidades distintas, a depender de a sua incidência se operar num procedimento de conciliação ou em um procedimento de mediação.

⁶³⁸ Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. (ÁVILA. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2018. p. 164)

6.2.1. Princípio da Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade vem consagrada tanto no CPC/2015 (art. 166), como na Lei de Mediação (art. 2º, V) e na Resolução CNJ n.º 125/2010 (anexo III, art. 2º, II). De plano, verifica-se uma distinção de tratamento entre os diplomas, tendo-se em vista que, enquanto o CPC/2015 e a Lei de Mediação tratam a autonomia da vontade como princípio da conciliação e da mediação, a Resolução n.º 125 do CNJ a trata como regra que rege o procedimento de conciliação/mediação.

O CPC/2015 e a Lei de Mediação não definiram o que se deve entender por autonomia da vontade, em que pese o §4º do art. 166 do CPC/2015 tenha ratificado o *caput* do mesmo dispositivo, ao dispor que: “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Por outro lado, a Resolução CNJ n.º 125/2010 estabelece que a autonomia da vontade é o “dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento”.

Data vênia, o conceito estabelecido na dita resolução se mostra incompleto, uma vez que, segundo a doutrina de direito contratual, o princípio da autonomia da vontade poderia ser analisado sob três ângulos principais: a) a liberdade entre contratar ou não; b) a liberdade de escolher com quem contratar; e c) a liberdade de escolher o conteúdo do contrato. Assim, verifica-se que o conceito de autonomia da vontade firmado na Resolução CNJ n.º 125/2010 é incompleto, pois aborda apenas a vertente da liberdade de firmar ou não o acordo, olvidando-se do conteúdo deste.

Ressalte-se que, apesar de tais questões serem normalmente abordadas pela doutrina de direito contratual, os seus conceitos podem ser importados para a doutrina de tratamentos adequados de conflito, em razão da sua evidente utilidade, salvo em relação à vertente da liberdade de escolher com quem contratar, tendo-se em vista que não se trata de negócio jurídico voltado a criar relação jurídica totalmente nova, mas de negócio jurídico firmado com o objetivo de se pôr fim a um conflito previamente estabelecido entre partes que já possuem alguma relação negocial ou legal

preexistente. Assim, a norma que estabelece o significado da autonomia da vontade também deveria ter se preocupado com a liberdade relativa ao conteúdo da avença.

Inclusive, a Resolução CNJ n.º 125/2010 trata, em separado, os princípios do respeito à ordem pública e às leis vigentes (Anexo III, art. 1º, VI)⁶³⁹, do empoderamento (Anexo III, art. 1º, VII)⁶⁴⁰ e da validação (Anexo III, art. 1º, VIII)⁶⁴¹, e as regras relativas à ausência de obrigação de resultado (Anexo III, art. 2º, III)⁶⁴² e compreensão quanto à conciliação e à mediação (Anexo III, art. 2º, V)⁶⁴³. Todos esses princípios e regras poderiam ser retratados dentro do próprio conceito de autonomia da vontade, tendo em vista que essa objetiva valorizar e empoderar o ser humano como verdadeiro centro de decisões que regem a sua própria vida.

Cumprido se salientar que o tratamento de regra – e não de princípio – conferido pelo CNJ à autonomia da vontade se mostra justificável, tendo-se em vista que o significado conferido por esse órgão, exatamente por se restringir ao aspecto da liberdade de firmar ou não o acordo, deve ser encarado como regra. Isso, porque a satisfação do seu mandamento não se mostra possível em graus variáveis, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sem afetar a sua validade ou identificar exceção.

Sob esse aspecto, a autonomia da vontade é regra que deve ser observada, já que válida. Todavia, comporta a exceção prevista no §4º do art. 334⁶⁴⁴ do CPC/2015, que afirma que a audiência de conciliação ou de mediação somente não será realizada, quando ambas as partes, expressamente, manifestarem o desinteresse na autocomposição ou esta não for possível. Ou seja, o desinteresse de apenas uma das

⁶³⁹ Art. 1º. [...] VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

⁶⁴⁰ Art. 1º. [...] VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

⁶⁴¹ Art. 1º. [...] VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

⁶⁴² Art. 2º. [...] III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles;

⁶⁴³ Art. 2º. [...] V - Compreensão quanto à conciliação e à mediação - Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

⁶⁴⁴ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

partes não autoriza a dispensa da audiência. Esta será realizada mesmo contra a vontade da parte que afirmou não ter interesse na autocomposição. Inclusive, a parte que não comparecer de forma injustificada à audiência pode ser sancionada com multa, na forma do §8º do art. 334⁶⁴⁵. Saliente-se que a possibilidade de sanção à parte que injustificadamente não comparecer à audiência deve constar de forma expressa do mandado de intimação, conforme enunciado n.º 273 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁶⁴⁶

Ronaldo Cramer e Virgílio Mathias ressaltam, também, a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação nas ações de família. Segundo os autores, “Importante reparar que, nas ações de família, conforme o procedimento previsto no art. 695, não há a possibilidade de o autor ou o réu indicarem o desinteresse na composição consensual, como ocorre no procedimento comum (§5.º do art. 334)”⁶⁴⁷.

Ada Pellegrini Grinover, ao analisar a constitucionalidade da obrigatoriedade da mediação frente ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conclui que a norma da obrigatoriedade da mediação é compatível com a nossa ordem constitucional, especialmente em razão de a obrigatoriedade recair apenas sobre a conciliação e a mediação incidental – quando já existe ação em curso.

O projeto investe em duas modalidades de mediação: a primeira, denominada mediação *prévia* (sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar demanda, procurar o auxílio de um mediador para resolver o conflito de interesses; a segunda, *incidental* (e cuja tentativa é obrigatória), terá lugar sempre que for distribuída demanda (excepcionadas as causas arroladas pela própria lei, que têm por objeto direitos tipicamente indisponíveis) sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, *se extinguirá o processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal*.

A mediação incidental obrigatória não fere o disposto no art. 5o, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais, porque, diversamente do que ocorre com outros diplomas legislativos, ela ocorrerá *após o ajuizamento da demanda*, com o que se puderam conferir à distribuição desta e à intimação dos litigantes efeitos que, pelo Código de Processo Civil, são próprios da citação; e ainda porque a parte

⁶⁴⁵ Art. 334. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

⁶⁴⁶ Enunciado do FPPC n.º 273: (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)

⁶⁴⁷ CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Comentários ao art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1005.

interessada poderá solicitar a retomada do processo judicial, decorrido o prazo de 60 dias da data do início do procedimento de mediação⁶⁴⁸

Nesse mesmo sentido, cumpre se observar que o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar na ADI 2160, para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 625-D da CLT – introduzido pela Lei n.º 9.958, de 12 de abril de 2000 – a fim de se afastar a obrigatoriedade de submissão prévia dos dissídios à Comissão de Conciliação Prévia, em observância ao disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten esclarecem que similar obrigatoriedade existe na lei estadunidense, sem que haja afronta à voluntariedade, à autodeterminação, à dignidade ou à liberdade dos mediandos, pois não se deve confundir a obrigação de participação da sessão de mediação (*front-end*) com a obrigação de exigir-se a celebração de acordo (*back-end*)⁶⁴⁹.

A obrigatoriedade de participação da sessão (*front-end*) não se distingue da submissão a qualquer outra espécie de rito procedimental. Por outro lado, a exigência de celebração de acordo (*back-end*) poderia colocar em risco os valores acima referidos.

Por essa mesma razão, a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião de mediação, quando existir previsão contratual nesse sentido, na forma estabelecida pelo art. 2º da Lei de Mediação, também não representa qualquer afronta à autonomia da vontade dos mediandos. Ao contrário, se existe cláusula de mediação previamente assinada, o que se está valorizando é exatamente a vontade anteriormente externada. Todavia, se existe a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião de mediação, a permanência neste procedimento e a eventual composição do conflito

⁶⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 98

⁶⁴⁹ A ideologia central da mediação norte-americana é a sua voluntariedade, fundamentada na autodeterminação. Mas os programas de mediação obrigatória difundiram-se sob diversos modelos, desde a coerção sob vestes de sugestão judicial para a submissão às sessões de mediação, à obrigatoriedade institucionalizada como uma condição precedente ao julgamento da demanda. A explicação norte-americana é que existe uma diferença entre *coercion into* e *coercion within mediation*: os Tribunais podem exigir a participação às sessões de mediação (*front-end*), mas não poderiam exigir a celebração do acordo ou o aceite de uma proposta em particular (*back-end*). Por isso a mediação obrigatória passa a ser uma figura aceitável na cena jurídica norte-americana. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**. vol. 11. 2013. p. 212)

são absolutamente facultativas⁶⁵⁰. Acerca da obrigatoriedade prevista no §1º do art. 2º da Lei de Mediação, Adolfo Braga Neto apresenta o seguinte escólio:

[...] Muitas instituições adotaram em seus regulamentos a prática da pré-mediação, reunião inicial com os possíveis participantes do procedimento em que são esclarecidos aspectos importantes do método e de como será desenvolvido naquela instituição. As referidas instituições têm optado por este momento com o objetivo de melhor esclarecer os objetivos e alcance da mediação e, sobretudo, o seu funcionamento naquela instituição. Em muitas delas este momento inicial, não considerado por muitos autores como parte do procedimento por ser prévio e preparatório, é realizado por profissional(is) da instituição que apresenta o método lá desenvolvido e sua lista de mediadores para efeitos de escolha. Importante seria notar que este momento não pode ser considerado como o previsto com a primeira reunião obrigatória do § 1.º deste artigo, por vários motivos. Dentre eles, destaca-se o fato dos participantes não estarem com o mediador escolhido, que na verdade o será na sequência. Ou mesmo por se tratar de momento prévio e esclarecedor do procedimento que não envolve tomada de decisão com relação. Importante seria notar que este momento não pode ser considerado como o previsto com a primeira reunião obrigatória do § 1.º deste artigo, por vários motivos. Dentre eles, destaca-se o fato dos participantes não estarem com o mediador escolhido, que na verdade o será na sequência. Ou mesmo por se tratar de momento prévio e esclarecedor do procedimento que não envolve tomada de decisão com relação ao conteúdo, mas sim com relação ao próprio método e sua adequação ao caso concreto. Nesse sentido, deve-se de imediato fazer um alerta com relação ao cumprimento do previsto neste parágrafo, pois a obrigatoriedade não é cumprida com a reunião pré-mediação, ou reunião preparatória, mas sim com a instalação da mediação a partir da nomeação e aceite do mediador ao caso concreto. Este alerta vale especialmente para as instituições que vêm utilizando este momento preparatório, sobretudo como marca de qualidade dos serviços prestados.⁶⁵¹

Superada a questão relativa à obrigatoriedade de as partes se submeterem aos procedimentos autocompositivos, cumpre-se analisar a autonomia da vontade sob a vertente do conteúdo do acordo, que, como já referido, encontra limitações em normas de ordem pública.

Assim, verifica-se que a autonomia da vontade deve ser interpretada como regra – tal qual disposto na Resolução n.º 125/2010 –, quando se referir à liberdade de contratar ou não. Todavia, deve ser interpretada como princípio quando disser respeito à liberdade de escolher o conteúdo do acordo, pois, em relação a esse, a liberdade pode ser mais ou menos ampla, a depender do regime jurídico a que se submete o conflito entre os sujeitos processuais.

⁶⁵⁰ Art. 2º. [...] § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

⁶⁵¹ BRAGA NETO, Adolfo. Marco Legal da Mediação: Lei 13.140/2015: Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 47, Out./ Dez., p. 259-275. 2015.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco dividem os direitos indisponíveis em objetiva e subjetivamente indisponíveis⁶⁵². Os primeiros são identificados como direitos afetos à própria personalidade do indivíduo – *v.g.*, a liberdade e a intimidade – e gozam de uma indisponibilidade relativa, dado que podem sofrer limitação voluntária em seu exercício (e não na sua titularidade), desde que não seja permanente nem geral.⁶⁵³ Os direitos subjetivamente indisponíveis são aqueles indisponíveis em decorrência de uma condição pessoal do indivíduo (*ex.*: incapazes e pessoas jurídicas de direito público).

Todavia, saliente-se que o conceito de direito indisponível não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Nesse ponto, o próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que a indisponibilidade do direito não se encontra vinculada a nenhum tipo específico de direito, e, sim, ao interesse público primário que lhe é intrínseco.

A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhe são subjacentes, mas na importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal imediata, revelam do ponto de vista mediato, questões de ordem pública.

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal.⁶⁵⁴

No atual estágio de evolução do Direito, não se pode mais afirmar que os direitos indisponíveis não podem ser submetidos à conciliação ou à mediação. Não é possível se confundir indisponibilidade com intransigibilidade. Nesse sentido, Yussef Said Cahali leciona que: “[...] embora seja indisponível o direito aos alimentos devidos por lei, consideram-se perfeitamente válidas as convenções estipuladas entre as partes com vistas à fixação da pensão, presente ou futura, e ao modo de sua prestação”⁶⁵⁵.

Inclusive, tal distinção veio expressamente consagrada no *caput* do art. 3º da Lei de Mediação, o qual estabelece que: “Pode ser objeto de mediação o conflito que

⁶⁵² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 2002. p. 29.

⁶⁵³ Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil do CJF: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁶⁵⁴ STF, 2ª Turma, RE 248.869/SP, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 07.08.2003, DJ. 12.03.2004.

⁶⁵⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92.

verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. No mesmo sentido, o §2º do referido dispositivo estabelece que: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Acerca de tal dispositivo, não se pode olvidar da ressalva feita por Leonardo Carneiro da Cunha e Trícia Navarro Xavier Cabral, os quais defendem que o “consenso” referido no dispositivo deve ser interpretado como “consenso com processo judicial pendente”, pois não se poderia sustentar a invalidade de milhões de acordos orais, *v.g.*, firmados diariamente entre os pais acerca dos alimentos em favor dos filhos, pela ausência de intervenção judicial, visto que a homologação judicial é um direito das partes⁶⁵⁶.

Impende, ainda, salientar-se que, não obstante o dispositivo se refira à oitiva do Ministério Público na hipótese de indisponibilidade do direito, a celebração de convenções pelo poder público e os acordos que versem sobre direitos da personalidade ou sobre direitos fundamentais não atraem, por si sós, a atribuição de tal instituição. Entendimento em sentido contrário implicaria inconstitucionalidade formal do dispositivo, dado que o Poder Legislativo não dispõe de iniciativa de lei acerca da organização e das atribuições do Ministério Público. Tal iniciativa é reservada, a depender da hipótese, ao Chefe do Poder Executivo e ao Procurador-Geral da República⁶⁵⁷.

Desse modo, lei de iniciativa do Poder Legislativo não pode regulamentar as atribuições do Ministério Público, razão pela qual se deve conferir ao §2º do art. 3º da Lei n.º 11.340/2015 interpretação conforme a Constituição Federal⁶⁵⁸, para se entender que o dispositivo não cria novas atribuições ao Ministério Público, mas

⁶⁵⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**, vol. 287, Jan., p. 531-552, 2019.

⁶⁵⁷ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2006. p. 83-84

⁶⁵⁸ Não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade. Daí que, se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades da sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles coerente com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele é o sentido próprio da regra em exame - leitura também ordenada pelo princípio da economia legislativa (ou da conservação das normas). A interpretação conforme a Constituição possui, evidentemente, limites. Não pode forçar o significado aceitável das palavras dispostas no texto nem pode desnaturar o sentido objetivo que inequivocamente o legislador quis adotar. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.97-98)

apenas ratifica a necessidade da intervenção de tal órgão nas hipóteses de intervenção previamente existentes no ordenamento.

Inclusive, a Recomendação CNMP n.º 16, de 28 de abril de 2010, preconiza que, respeitada a independência funcional de cada um dos órgãos do *Parquet*, é dispensável a intervenção do Ministério Público em diversas hipóteses⁶⁵⁹ que versam acerca de direitos da personalidade, de direitos fundamentais e de relações públicas. Nessas hipóteses, o Conselho Nacional do Ministério Público parte da premissa de que, em princípio, inexistente interesse público que se sobreponha ao interesse particular de seu titular, não se vislumbrando interesse da coletividade que imponha a atuação ministerial.

Nesse aspecto, não se pode confundir interesse público com interesse da Administração ou da Fazenda Pública, tampouco advocacia de estado com advocacia de governo.

Por essa razão, Claudio Penedo Madureira afirma que os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado não autorizam a

⁶⁵⁹ Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V - Ação ordinária de partilha de bens; VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos¹; VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes; X - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX - Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; XXI - Assistência à rescisão de contrato de trabalho; XXII - Intervenção em mandado de segurança.

Fazenda Pública a “[...] contestar o incontestável, ou sustentar o insustentável, contrapondo-se, assim, ao Direito pátrio, ainda que a pretexto de ampliar as suas receitas e/ou de minimizar as suas despesas”⁶⁶⁰. No mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari leciona que inexistente interesse público legítimo em se procrastinar, em detrimento da coletividade, o adimplemento de obrigações efetivamente devidas pelo poder público⁶⁶¹.

A indisponibilidade do direito público não pode ser superestimada ao ponto de se concluir que todos os interesses da Administração são interesses da coletividade e, portanto, prevalentes em relação ao interesse individual. Na verdade, é possível que o interesse individual de determinado particular seja embasado em direito que não interesse à coletividade suprimir ou, de qualquer forma, violar⁶⁶².

Inclusive, genuíno interesse da coletividade é a submissão de todos, inclusive o próprio Estado, à lei. Na verdade, essa é a premissa básica do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, a partir de um poder emanado do próprio povo, na forma do art. 1º da CRFB⁶⁶³.

Por essa razão, é equivocado se afirmar que as técnicas de solução adequada de conflitos – em especial a conciliação e a mediação – somente podem ser utilizadas pelo poder público quando houver lei específica autorizando e legitimando a sua utilização. Não se pode afastar a aplicação das técnicas autocompositivas sob o

⁶⁶⁰ MADUREIRA. Claudio Penedo. Fazenda Pública “sem juízo”: notícia de um inconsciente coletivo. **Revista de Processo**. vol. 253. Mar., p. 301-327, 2016.

⁶⁶¹ “Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade” (DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**, nº 13, ano 4, jan./mar, 2002)

⁶⁶² Estamos vivendo um momento em que o Direito Administrativo passa por diversas transformações. Argumentos de autoridade, fundados nos interesses do Estado e na conveniência e oportunidade da Administração Pública, não podem mais prevalecer, se contrapostos a legítimos direitos e expectativas dos cidadãos. É fundamental que o Estado-gestor se oriente a atender e servir os interesses da coletividade, sem comprometer, porém, os legítimos interesses da pessoa humana. Daí porque, reiterese, não se deve superdimensionar o princípio da supremacia do interesse público para se reconhecer uma precedência absoluta e incondicionada do interesse da coletividade sobre o interesse privado de uma de seus membros. Não se pode olvidar que o interesse privado do cidadão muitas vezes está assentado num direito fundamental seu que não interessa a coletividade suprimir ou fragilizar. (CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 37)

⁶⁶³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

fundamento de que não é possível ao agente público dispor de um direito de que não é titular.

De fato, a advocacia pública não pode dispor de um direito ou interesse que não é seu, através de concessões mútuas, como na transação, na forma preconizada no art. 840 do Código Civil⁶⁶⁴. Todavia, sempre que se verificar que assiste razão à parte contrária, mais do que uma possibilidade, é um dever proceder-se ao reconhecimento do pedido, desistir da ação ou renunciar a ela, pois somente assim se estará efetivamente defendendo o interesse público. Interesses ditos secundários ou do gestor não são interesses públicos e, portanto, não devem ser tratados como indisponíveis.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas, ao analisarem a modificação implementada na Lei de Arbitragem pela Lei n.º 13.129/2015, corroboram a quebra do dogma da indisponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração, restando expressamente consignado no §1º do art. 1º da Lei n.º 9.307/96 que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁶⁶⁵.

Outrossim, por mais que se esforce o legislador, nunca será possível se positivarem, em norma legal, todos os interesses públicos emergentes da coletividade⁶⁶⁶, o que acarretaria uma suposta ausência de autorização para a advocacia pública reconhecê-los, por mais patentes que eles se apresentem.

Ressalte-se que o que ora se sustenta não é que a advocacia pública possua discricionariedade administrativa para, dentro de um juízo de conveniência e

⁶⁶⁴ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁶⁶⁵ “Em seu lugar, quanto à arbitrabilidade objetiva, ou seja, as matérias que podem ser discutidas em sede arbitral, o ordenamento pátrio restringe-se às questões patrimoniais disponíveis, conforme o art. 1º da Lei n.º 9.307/96. Nesse sentido, matérias como Direito Administrativo, Direito do Consumidor e Direito do Trabalho, inicialmente, foram fortemente apontadas como impossíveis de serem levadas à discussão arbitral, vez que apresentam elevado teor de indisponibilidade de direitos. Todavia, no projeto de atualização da Lei de Arbitragem, tais ramos jurídicos são expressamente mencionados. No art. 1º, o projeto expressamente autoriza a participação da Administração Pública em arbitragens; [...]” (MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1. p. 667)

⁶⁶⁶ Assim, por mais extensa, minudente e meticulosa que se expresse qualquer definição jurídica da legalidade, remanescerão sempre miríades de aspectos do interesse público não legislado que, não obstante, por serem legítimos, estarão pendentes de definições políticas derivadas integrativas que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha competência e quando surgir a oportunidade e a conveniência de explicitá-las. (MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 14)

oportunidade, optar ou não pelo acordo. O juízo de conveniência e oportunidade do advogado público não pode se sobrepor ao do gestor. O que se defende é que, pelas próprias funções de representação judicial e de consultoria jurídica, deve existir uma discricionariedade técnica⁶⁶⁷, que permita uma análise da legalidade da questão.

Assim, conforme defendido por Claudio Penedo Madureira, a autorização para que a advocacia pública pratique atos dispositivos em juízo decorre da própria Constituição Federal, em razão dos princípios da legalidade e da primazia do interesse público sobre o privado. Ao advogado público não se mostra possível defender ilegalidades em contrariedade ao verdadeiro interesse público.

[...] Creio ser possível afastar esse impedimento por simples exercício hermenêutico. Com efeito, à suposição de que a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pelo poder público estaria condicionada à edição de leis autorizativas oponho a constatação de que, em rigor, essa autorização pode ser extraída da própria Constituição, porque decorre da aplicação direta dos princípios legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como, como passarei a demonstrar, do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público. [...] Posto isso, a incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público, longe de constituir impedimento jurídico a que os advogados públicos disponham, em juízo, sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pelo poder público mas contrários ao Direito pátrio, torna impositivo o ato de disposição. Em primeiro lugar porque esses interesses transitórios, na medida em que se demonstram contrários ao Direito, não correspondem ao interesse público, e por isso não são interesses indisponíveis. Em segundo lugar porque se a equivocada aplicação do Direito pela Administração induz, na face oposta, negativa a direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento, que resultam da observância da ordem jurídica estabelecida, o interesse público residirá justamente na disponibilidade desses interesses transitórios (ou meramente secundários). Disso resulta a possibilidade teórica da disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pelo poder público, que têm assento constitucional, não dependendo, por isso, da edição de leis administrativas que autorizem a Advocacia Pública a implementá-la.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Nesses casos, não existe discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência do ato; aparecem, então, como inconciliáveis, os vocábulos discricionariedade e técnica. Por outras palavras, a distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. As decisões sobre se um prédio ameaça ou não cair, se um alimento está ou não deteriorado, se um paciente está ou não com doença contagiosa, não envolvem critérios de oportunidade e conveniência; somente um órgão especializado poderá dar a resposta correta, segundo critério puramente técnico. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**: REDAE, nº 9, Fev./mar./abr., 2007.

⁶⁶⁸ MADUREIRA. Claudio Penedo. Fazenda Pública “sem juízo”: notícia de um inconsciente coletivo. **Revista de Processo**, vol. 253, Mar, p. 301-327, 2016.

A mudança de mentalidade é imperativa, haja vista que o arcabouço jurídico já propicia que a Administração Pública se afaste da cultura da sentença. A Lei n.º 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevê a autorização para os representantes judiciais da União adotarem métodos autocompositivos⁶⁶⁹. Igual previsão existe na Lei dos Juizados da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153/2009)⁶⁷⁰. Os parágrafos 1º e 2º do art. 1º⁶⁷¹ da Lei n.º 9.307/96, incluídos pela Lei n.º 13.129/2015, autorizam a adoção da arbitragem pela Administração Pública, atribuindo a competência para a celebração de convenção de arbitragem à mesma autoridade ou órgão com atribuição para a realização de acordos e transações. A Lei n.º 13.140/2015 (arts. 32 a 40) e o CPC/2015 (at. 174) preveem a criação de câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos pelas três esferas de governo⁶⁷².

As inovações legislativas de nada adiantarão se não houver uma mudança de mentalidade que implique uma efetiva mudança de postura dos atores processuais⁶⁷³.

Nesse sentido, calha se observar que o estudo “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, realizado pela AMB entre os anos de 2010 e 2013 e divulgado no ano de 2015, detectou que as Fazendas Públicas municipais, estaduais e federal ocupam papel de destaque entre os maiores litigantes do país, concentrando a maior parte das ações

⁶⁶⁹ Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

⁶⁷⁰ Art. 8º Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

⁶⁷¹ Art. 1º [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

⁶⁷² Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁶⁷³ “Contudo, o esforço não pode ser meramente legislativo ou interpretativo: uma vez estabelecidas novas diretrizes na lei, imprescindível que os atores processuais se engajem na mudança de comportamento quanto aos conflitos. [...] Acima de tudo, cabe a todos – atores diretos ou indiretos do processo, servidores ou “clientes” do Judiciário, compreender que a busca do processo não deve ser apenas por justiça, numa concepção de ganha/perde, mas sim pela pacificação. Afinal, apenas com a mudança de postura perante o conflito é que se pode cogitar a construção de uma cultura baseada no diálogo.” (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 95, p. 245-270, 2016.)

iniciadas em primeiro grau e ocupando papel de destaque na concentração de ações contra si ajuizadas⁶⁷⁴. Uma das conclusões desse trabalho foi exatamente a necessidade de os maiores litigantes brasileiros passarem a priorizar outras formas de solução adequada de litígio.

De fato, tal estudo demonstra que as Fazendas Públicas se apresentam como genuínas “*Repeat Players*”⁶⁷⁵, o que impõe que qualquer modificação na postura dos atores processuais tenha especial foco nelas, sob pena de frustrar o alcance e a eficiência dos tratamentos de conflitos disponíveis no ordenamento.

Nesse sentido, convém se observar que o CPC/2015 mantém a sistemática anterior de fixação de honorários com base no binômio “limite quantitativo” e “elementos objetivos”⁶⁷⁶. Entretanto, aquele impõe que o processo seja mais custoso para a parte que adota postura litigiosa, retardando a estabilização da decisão ou a sua satisfação, ao prescrever, no §1º do art. 85, que: “São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”, o que, por óbvio, acarretará um dispêndio de recursos públicos desnecessário, caso a Fazenda Pública insista em não se adequar ao novo modelo multiportas de justiça.

Desse modo, é forçoso se reconhecer que a Advocacia Pública deve buscar os métodos autocompositivos tanto de forma prévia como incidental ao processo, com o

⁶⁷⁴ COSTA, João Ricardo dos Santos; JUNKES, Sérgio Luiz; SADEK, Maria Tereza (Coord.). O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil. **Associação dos Magistrados do Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 05.03.2019.

⁶⁷⁵ “*Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time.*” (GALANTER, Marc. **Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change**. *Law and Society Review*, 1974. p. 165-230)

⁶⁷⁶ Na verdade, o que se percebe da codificação de 2015, na verdade, é a busca de refinamento mais técnico para fixação de dos honorários, com a veiculação de regras especiais para alguns casos (como é o caso da Fazenda Pública – 3º do artigo 85 – que possui limites quantitativos específicos). Contudo, a leitura atenta do CPC/15 indica permanência do sistema adotado pela codificação revogada, que trabalha com o binômio limite quantitativo + elementos objetivos (para o enchimento qualitativo. Sem rebuços, §2º do art. 85 não só mantém o piso de 10% e teto de 20% dos honorários, como também dispõe que a variação da fixação entre tal margem quantitativa deverá ser preenchida por elementos objetivos semelhantes aos que poderia extrair do CPC/73 (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço). (MAZZEI, Rodrigo. Honorários de advogado judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. **Unisul de Fato e de Direito**: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [S.l.], v. 6, n. 11, p. p. 19-34, out. 2015. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisu.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3168/2194>. Acesso em: 08 jun. 2016.)

escopo de não majorar os prejuízos que serão sofridos pela Fazenda Pública em razão do objeto do conflito. Nesse sentido, imperativa a observância do Enunciado n.º 673 do Fórum Permanente de Processualista Cíveis, segundo o qual: “A presença do ente público em juízo não impede, por si, a designação da audiência do art. 334”.

Para Francesco Carnelutti, o processo é apenas uma forma de se domesticar a guerra⁶⁷⁷, razão pela qual não se mostra admissível que a Fazenda Pública, sob a falsa promessa de defesa dos interesses da coletividade, volte-se contra esta mesma coletividade, ferindo o seu legítimo interesse público na escorreita aplicação da lei.

Por fim, outra observação que não pode passar despercebida diz respeito ao fato de o CPC/2015, de a Lei de Mediação e de a Resolução CNJ n.º 125/2010 se referirem à autonomia da vontade e não à autonomia privada, apesar de essa última nomenclatura se encontrar consagrada na doutrina civilista brasileira.

Segundo a doutrina civilista, a autonomia privada importa em um novo estágio de desenvolvimento da liberdade de pactuar, que representa uma superação do conceito de autonomia da vontade⁶⁷⁸.

Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Hironaka e Flávio Tartuce defendem que a autonomia da vontade ganhou força como propulsora das relações negociais a partir das concepções liberais que se desenvolveram, principalmente, nos séculos XIX e XX. A autonomia da vontade se fundava em uma concepção de que a vontade deveria ser rigorosamente respeitada, em observância à regra do *pacta sunt servanda*. Todavia, a partir da segunda metade do século XX, com o surgimento dos direitos de segunda e de terceira geração, surge um dirigismo contratual preocupado com a proteção dos vulneráveis – *v.g.*, trabalhadores e consumidores –, no qual a autonomia privada passa a buscar fundamento no direito indeclinável do indivíduo de autorregulamentar seus interesses, como desdobramento de sua própria dignidade

⁶⁷⁷ Se a esse drama, ou melhor, ao drama em geral, tratarmos de lhe colocar um nome, esse é o da discórdia. Também concórdia e discórdia são duas palavras que, como a palavra *de acordo*, que tanta importância tem para o direito, provém de *corde* (coração): os corações dos homens unem-se ou se separam; a concórdia ou a discórdia é o germe da paz ou da guerra. O processo, acima de tudo, é o sub-rogado da guerra. Em outras palavras, é um modo para domesticá-la. (CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. MARENCO, Hebe Caleti. São Paulo, Minelli, 2002. p. 31)

⁶⁷⁸ Parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada. [...] (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método. 2007.p. 46)

humana. Entretanto, tal direito não se opera de maneira plena, uma vez que encontra limites nas normas de ordem pública e nos princípios sociais dos contratos⁶⁷⁹.

Como já foi referido, a expressão “autonomia da vontade”, apesar de ser utilizada, normalmente, como designativa do império da vontade, na verdade, tem sua origem na lição de Emmanuel Gounot, elaborada no início do século XX, na tese “*Le principe de l'autonomie de la volonté em droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme*”, como crítica às ideias liberais e individuais então vigentes. Inicialmente, Gounout sintetizou o princípio para, logo depois, desconstruí-lo⁶⁸⁰.

Nesse sentido, em que pese a percepção da mudança de conteúdo da autonomia da vontade para a autonomia privada seja substancial e relevante, parece que a designação empregada para essa nova fase, apesar de amplamente consagrada na doutrina, não se mostra a mais adequada, visto que teria mais lógica empregar a nomenclatura autonomia privada para a primeira fase e autonomia da vontade para a fase que lhe sucedeu – o que não ocorreu.

Isso, porque há um importante dado histórico que não pode ser ignorado: “o direito público nasce do privado”. A dicotomia público e privado é fruto de um período pós-revolucionário liberal do final do século XVIII, no qual o espaço público se notabilizava pela despersonalização do poder, o qual abandona a figura da pessoa física do rei e passa para a figura ficta da nação, que se concretiza através da representação política. Por outro lado, o espaço privado se manifestava através da área econômica, na qual o Estado não deveria, em regra, intervir. Entretanto, na passagem do estado liberal para o estado social, essa dicotomia ganha nova feição em razão do abandono pelo Estado de uma postura passiva, para passar a intervir ativamente na economia⁶⁸¹.

Essa dicotomia também fica evidente na passagem da fase sincrética do processo para a fase autonomista, pois, naquele primeiro momento, o processo é tido em uma perspectiva privatista, como coisa das partes (*Sache der Parteien*), enquanto neste último há uma rígida divisão entre público e privado. Portanto, a noção de privado sempre esteve presente e antecede a noção de público.

⁶⁷⁹ HIRONAKA; TARTUCE. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. 2007.p. 42, 43 e 49.

⁶⁸⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994, p. 66-67.

⁶⁸¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In MAZZEI, Rodrigo (coord). **Questões Processuais do novo Código Civil.** Barueri: Manole, 2006. p. 2-4.

Todavia, a constitucionalização do direito, na qual a Constituição abandona a posição de carta meramente política para irradiar eficácia tanto no plano vertical como no horizontal, acarreta uma aproximação entre público e privado, que torna ainda mais evidente a inadequação da designação de autonomia privada. Não à toa, Igor Raatz defende que, atualmente, “[...] os caminhos da constitucionalização do direito privado e do direito processual civil se entrecruzem, até porque assim como a unidade do direito privado está na Constituição, também nela está a unidade do fenômeno jurídico. [...]”⁶⁸².

O CPC/2015 acaba por não adotar a nomenclatura “autonomia privada”. Por óbvio, caso procedesse de maneira distinta, tal diploma causaria muita estranheza, pois, apesar da aproximação entre público e privado, o direito processual é, tradicionalmente, retratado como integrante do ramo do direito público. Entretanto, não se pode ignorar o relevante papel de irradiação de eficácia das normas e valores constitucionais (art. 1º) – noção afeta ao paradigma que orienta a dita autonomia privada –, bem como a crescente margem negocial no processo, notadamente, diante da perda da primazia da decisão adjudicada (art. 3º, §2º) em favor da solução consensual obtida pelas próprias partes, associada à cláusula geral de negociação processual, contida no art. 190.

Portanto, resta claro que apesar de o CPC/2015 se valer da nomenclatura “autonomia da vontade”, esta não se confunde com a noção de autonomia da vontade que, segundo a doutrina, antecedeu a “autonomia privada”. A autonomia da vontade referida no CPC/2015 apresenta-se como uma noção remodelada da liberdade de os sujeitos interagirem no campo processual, orientados pelas normas e valores constitucionais.

6.2.2. Princípios da Imparcialidade e da Isonomia

O princípio da imparcialidade do mediador/conciliador foi consagrado tanto no CPC/2015 (Art. 166, *caput*)⁶⁸³, como na Lei n.º 13.140/2015 (Art. 2º, I)⁶⁸⁴, e na

⁶⁸² RAATZ. **Autonomia Privada e Processo Civil: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto.** 2017. p. 126.

⁶⁸³ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁶⁸⁴ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador;

Resolução n.º 125/2010. Esta última o definiu como o “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente” (Anexo III, Art. 1º, IV).

A imparcialidade pode ser analisada sob três óticas distintas, quando se compara a conduta do juiz sob a ótica do CPC/73, sob a ótica do CPC/2015, e a do mediador/conciliador sob a ótica do CPC/2015 e da Lei n.º 11.140/2015.

Sob a vigência do Código de Processo de 1973, considerava-se como juiz imparcial aquele que não fosse impedido e suspeito e se comportasse como espectador do duelo travado entre as partes, conduzindo e decidindo o processo sem o auxílio dessas.

O CPC/2015 se afasta dessa noção de juiz distante das partes, para aproximá-los dentro de uma noção cooperativa de processo, em que a responsabilidade pela condução do procedimento é compartilhada, e o poder de decisão somente é exercido em último caso, quando os litigantes não lograrem atingir uma solução consensual.

Já o conciliador e o mediador, para atingirem a consecução de seus objetivos, necessitam criar um ambiente de confiança, empatia e comprometimento recíprocos, de forma que deverão se valer das técnicas de negociação disponíveis, para fazerem com que as partes abandonem suas posições e foquem nos seus interesses. Por óbvio, caso alguma das partes identifique a ausência de imparcialidade ou predileção do mediador, o ambiente de confiança estará comprometido e, por consequência, o próprio procedimento autocompositivo.

Assim, a equidistância do mediador, que acarreta a sua imparcialidade, não deve ser vista como efetiva distância dos mediandos, mas equivalente proximidade. Por essa razão, que parte da doutrina afirma que a expressão mais adequada não seria “imparcialidade”, mas “pluriparcialidade”, pois o que se deve buscar não é igual distância, e, sim, igual proximidade.

Necessitamos empatizar com cada discurso para que o tratemos com legitimidade; ao mesmo tempo, necessitamos nos distanciar de todos eles, para que possamos também cada um de seus autores. É uma dança que pressupõe aproximação empática, sem transparecer aliança, e distanciamento cuidadoso, sem transparecer não aceitação. Alguns teóricos a denominam de pluriparcialidade. Criadores e criaturas – mediandos e suas narrativas – precisam ser legitimados, ao mesmo tempo

em que a equidistância da imparcialidade ativa é demonstrada e assim percebida.

Preservar equidistância dos mediandos se traduz em cada uma das atitudes e intervenções do mediador – dedicar igual tempo e qualidade de escuta a todos os envolvidos; oferecer-lhes intervenções semelhantes em número e qualidade; dedicar-lhes tratamento pareado em termos de acolhimento são exemplos.⁶⁸⁵

As mesmas hipóteses legais de impedimento e de suspeição do juiz se aplicam ao conciliador e ao mediador, o que se dá com o fim de garantir a imparcialidade desses. Tal previsão se encontra expressa no art. 148, II⁶⁸⁶, do CPC/2015, e no *caput* do art. 5^o⁶⁸⁷ da Lei n.º 13.140/2015 – esse último aplicável tanto à mediação judicial como à extrajudicial. O parágrafo único deste dispositivo prossegue prescrevendo que: “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”.

Entretanto, cumpre se observar que, apesar de o dever de informação do mediador existir tanto em relação ao impedimento quanto à suspeição, as suas consequências na mediação judicial e extrajudicial são distintas, como advertem Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss Andrade.

De acordo com o regime da imparcialidade vigente no processo judicial, os casos legais de impedimento do juiz provocam nulidade processual absoluta e insanável, enquanto os de suspeição caracterizam nulidade relativa, sendo passíveis de convalidação. Na mediação judicial, entendemos que o mesmo tratamento deva ser estendido às hipóteses de impedimento e suspeição do mediador, por ser este um auxiliar do juízo.

Contudo, na mediação extrajudicial, há que se admitir que os envolvidos, com base em sua livre e espontânea manifestação de vontade, possam concordar em manter o mediador a despeito da natureza do vício que supostamente inquina a sua parcialidade – por exemplo, ainda que ele seja parente de alguma das partes (caso legal de impedimento) ou tenha algum interesse financeiro na questão (hipótese legal de suspeição). [...] ⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ ALMEIDA. **Caixa de ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. 2014. E-book.

⁶⁸⁶ Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: [...] II - aos auxiliares da justiça;

⁶⁸⁷ Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

⁶⁸⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Capítulo 2 Fundamentos. In: HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil**: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 57-58

Desse modo, na mediação extrajudicial, os mediandos devem escolher um mediador da confiança deles, nos termos do art. 9º da Lei n.º 13.140/2015⁶⁸⁹, podendo ignorar as causas de impedimento e de suspeição do mediador. O que não se mostra admissível é que o fato ensejador do impedimento ou da suspeição não seja revelado pelo mediador, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei n.º 13.140/2015.

Se, na mediação extrajudicial, as partes podem optar por manter o mediador, mesmo diante de situação que ensejaria o impedimento ou a suspeição dele, na mediação judicial, a solução é diversa. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, inclusive, defende que também deve ser aplicado às hipóteses de suspeição o disposto no art. 170⁶⁹⁰ do CPC/2015, o qual determina que, em caso de impedimento, o conciliador ou mediador deverá comunicar o fato imediatamente ao juiz do processo ou ao coordenador do CEJUSC, para que se realize nova distribuição do processo⁶⁹¹.

Com a devida vênia, parece que não se pode equiparar o impedimento e a suspeição tal como proposto por referido autor. Isso, porque o CPC/2015, assim como o diploma anterior, trata do impedimento e da suspeição como dois graus distintos de parcialidade. Enquanto no impedimento existe uma presunção de parcialidade, na suspeição, existe apenas uma dúvida acerca dela. Por isso, o impedimento pode ser alegado em qualquer momento e grau de jurisdição, não ficando adstrito ao prazo de 15 dias do art. 146⁶⁹²; inclusive, pode desafiar o ajuizamento de ação rescisória (art.

⁶⁸⁹ Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

⁶⁹⁰ Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

⁶⁹¹ “O art. 170 trata da primeira modalidade de afastamento do conciliador e do mediador: o impedimento. No novo CPC esses profissionais são tratados como auxiliares do juízo, e nessa condição, ficam sujeitos às chamadas exceções de parcialidade. Embora o art. 170 mencione apenas o impedimento, definido no art. 144, cremos que podem ser aplicáveis também os casos de suspeição, previstos no art. 145. Nesse sentido, encontramos o art. 5º do Projeto de Lei de 7.169/2014. Quer se trate de impedimento, ou de suspeição, o profissional deve comunicar o fato ao juiz da causa ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, para fins de nova distribuição da causa que lhe havia sido submetida.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Comentários ao art. 170 do CPC/2015*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 254)

⁶⁹² Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas.

966, II)⁶⁹³. A suspeição, por sua vez, submete-se aos efeitos da preclusão, devendo ser necessariamente alegada no prazo de 15 dias, na forma do art. 146.

Assim, a aplicabilidade do art. 170 do CPC/2015 às hipóteses de suspeição deve ocorrer apenas quando as partes ou o próprio mediador ou conciliador optarem pela redistribuição do processo judicial para outro mediador ou conciliador. Se a redistribuição do processo é obrigatória nas hipóteses impedimento, tal obrigatoriedade inexistente nas hipóteses de suspeição, apesar de ser extremamente recomendada.

Assim, uma vez configurado qualquer motivo de impedimento ou suspeição, o mediador não poderá exercer suas funções. Embora a Lei de Mediação tenha se referido expressamente ao impedimento e à suspeição, o Código de Processo Civil, no art. 170 e parágrafo único, inserido na seção que aborda os conciliadores e mediadores, menciona, apenas, a hipótese do impedimento, o que na prática e na doutrina pode gerar questionamento sobre a inclusão da suspeição como limitador aplicável à atividade do mediador. Ao que parece, o CPC, de fato, disse menos do que deveria, na medida em que o mediador tem verdadeiro dever de revelar qualquer circunstância de suspeição ou de outro motivo, de foro íntimo, que inviabilize a sua atuação. Entretanto, a omissão do legislador não gera a exclusão dos casos de suspeição – ou qualquer outro motivo –, capaz de afetar a imparcialidade do mediador. De qualquer modo, constatado o impedimento, a comunicação deve ser imediata, de preferência por meio eletrônico, devolvendo os autos ao juiz para nova distribuição, ou então, se a causa for apurada quando já iniciado o procedimento, este deverá ser interrompido, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador (parágrafo único, art. 170, do CPC). Como se vê, a lei processual não deu qualquer margem de postergação se a causa for de impedimento, rigidez esta que, em uma interpretação literal, parece não ser exigida no caso de suspeição, embora recomendada.⁶⁹⁴

Por tudo o que foi dito, pode-se concluir que o princípio da imparcialidade e o princípio da isonomia entre as partes são dois lados da mesma moeda, uma vez que o que se busca através da imparcialidade é exatamente o tratamento uniforme dos sujeitos do conflito. Nesse sentido, a isonomia deve ser compreendida não apenas como a dispensa de tratamento equânime, mas também na diminuição ou eliminação das desigualdades, causadoras de desequilíbrio⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

⁶⁹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Comentários ao art. 5º da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 35-36.

⁶⁹⁵ “A preocupação com a imparcialidade do mediador tem, em última análise, a finalidade de garantir às partes um tratamento isonômico necessário para que se obtenha uma autocomposição adequada e que solucione, satisfatoriamente, a disputa havida entre elas. O mediador, ao atuar para facilitar a obtenção da autocomposição, deve praticar e preservar a igualdade entre as partes. Cabe-lhe, não

6.2.3. Princípio da Independência

O princípio da independência vem expressamente consagrado no *caput* do art. 166 do CPC/2015 e na Resolução CNJ nº 125/2010 como “o dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável”.

Segundo esse princípio, os mediadores e conciliadores são dotados de autonomia para conduzir o procedimento livres de pressões das próprias partes ou de terceiros.

Trata-se de autonomia funcional-finalística, o que não quer dizer que o mediador ou o conciliador não se sujeita a atividade correccional em caso de atuação com dolo ou culpa, ou em hipótese de impedimento ou suspeição, nos termos do art. 173 do CPC/2015⁶⁹⁶.

No tocante à hipótese de atuação em caso de suspeição, prevista no inciso II do art. 173, deve-se fazer uma interpretação sistêmica para se concluir que o mediador/conciliador somente deve ser afastado ou excluído quando, sabedor da hipótese de suspeição, não informá-la às partes para que essas possam rejeitá-lo, ou não se declarar suspeito de ofício. Assim, caso o mediador informe às partes a circunstância que geraria a suspeição e, ainda assim, seja aceito por elas, não se mostra aplicável o art. 173.

apenas agir com igualdade em relação às partes, mas também, e sobretudo, neutralizar desigualdades, atuando para compensar fraquezas apresentadas por uma delas, tais como pobreza, desinformação, carências psicológicas ou afetivas, deficiência cultural etc. Ao neutralizar ou diminuir desigualdades, o mediador promove a igualdade substancial, reequilibrando a posição das partes no procedimento destinado à obtenção da autocomposição. É exatamente por isso que o mediador deve conduzir-se observando a igualdade entre as partes. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 2º da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 11)

⁶⁹⁶ Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º; II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. § 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo. § 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Tal princípio apresenta interessante repercussão no tocante ao afastamento do impedimento de o mediador advogado atuar perante o juízo em que corre o processo, quando houver CEJUSC instalado. Isso, porque, nesse caso, não haverá qualquer vinculação do advogado com o juiz natural do processo, preservando-se a independência que se espera do mediador e evitando-se qualquer favorecimento ao advogado em sua atividade privada. Nesse sentido, o enunciado n.º 47 do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (FONAMEC), com a seguinte justificativa:

ENUNCIADO n.º 47 – A atividade jurisdicional *stricto sensu* volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição *stricto sensu*. Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCs instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Desse modo, a instalação dos CEJUSCs favoreceria a difusão dos tratamentos adequados de conflito não apenas pela estruturação de um órgão especializado do próprio tribunal, mas pela atração que poderia realizar de profissionais especializados que não necessitariam abdicar da advocacia privada em prol da atividade autocompositiva.

Por fim, tal enunciado merece uma ressalva, a qual, todavia, não diz respeito a um problema de independência, mas de confidencialidade e de imparcialidade: o impedimento ao exercício da advocacia do §5º do art. 167 do CPC/2015 deve subsistir, independentemente da criação ou não do CEJUSCs, em relação ao conflito objeto da mediação. Nesse sentido, ao analisarem o impedimento contido em tal dispositivo, Andrea Maia e Flavia Pereira Hill defendem que a proibição do exercício da advocacia deveria ter sido expressamente imposta ao mediador que exerça advocacia, em relação ao processo em que ele tenha presidido a sessão de conciliação ou mediação, mesmo que o processo tramite em juízo diverso do que atua como mediador ou conciliador⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ “O §5º do art. 167 traz disposição salutar, ao proibir o profissional de atuar como advogado junto ao juízo onde exerce as suas funções como mediador ou conciliador. Isso porque, atuando como mediador ou conciliador, aquele profissional já possui certa proximidade com o órgão jurisdicional. Entendemos,

Apesar de não gozar de previsão legal, tal entendimento restou expressamente consagrado no art. 7º do anexo III da Resolução n.º 125/2010, segundo o qual: “O conciliador ou mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução”.

6.2.4. Princípio da Boa-fé

O princípio da boa-fé veio expressamente consagrado como princípio da mediação, no inciso VIII do art. 2º da Lei n.º 13.140/2015⁶⁹⁸. Entretanto, não foi ele contemplado no art. 166 do CPC/2015. A omissão se justifica, pois a boa-fé se apresenta como princípio de tamanha relevância, que não foi previsto como princípio da mediação/conciliação, mas como princípio fundamental de todo o processo, encontrando-se contemplado no art. 5º do CPC/2015⁶⁹⁹.

Assim, seria irracional qualquer tentativa hermenêutica de se afastar a aplicação do princípio da boa-fé do âmbito dos métodos autocompositivos, tendo-se em vista que esse é exatamente o ambiente cooperativo mais propício ao seu pleno desenvolvimento e, talvez, onde se mostre mais necessário⁷⁰⁰.

no entanto, que o novo diploma deveria ter trazido proibição mais abrangente, vedando que os mediadores ou conciliadores atuem como advogados em causas que versem direta ou indiretamente sobre o litígio objeto da mediação ou conciliação que tenham presidido, ainda que tramite em outro juízo. Isso porque o mediador e o conciliador têm dever de confidencialidade quanto às informações obtidas no exercício deste múnus (art. 166 do Novo CPC), sendo que o exercício da advocacia, nesse caso, lhes permitiria utilizar elementos a que os outros advogados não teriam acesso. Será igualmente difícil separar, de forma estanque, em qual medida ele estará se utilizando de informação privilegiada ou não. Além disso, o mediador e o conciliador são profissionais imparciais, sendo essa característica fundamental para que despertem confiança. A sua posterior atuação como advogado nesse mesmo litígio, ainda que em um processo que tramite em outro juízo, fragiliza a confiabilidade que ele deve despertar não somente nas partes diretamente envolvidas, mas na comunidade como um todo.” (MAIA, Andrea; HILL, Flavia Pereira. Do cadastro e da remuneração dos mediadores. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 164)

⁶⁹⁸ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VIII - boa-fé.

⁶⁹⁹ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁷⁰⁰ Mediação é um meio de gestão de controvérsias constituído a partir dos valores liberdade e responsabilidade. Liberdade para contratar, para participar, para permanecer e encerrar a mediação. Liberdade de escolha procedimental, liberdade para escolher o mediador. O pleno exercício informado da autonomia privada é princípio matriz e motriz da mediação. Liberdade com responsabilidade em sentido amplo, que remete à autodeterminação dos mediandos na realização das escolhas, construção conjunta de soluções factíveis que atendam aos interesses comuns e comprometimento pelas obrigações assumidas. Impossível não sublinhar a boa-fé. Mediação é lócus para aqueles que praticam a boa-fé. (LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Considerações iniciais sobre o procedimento de escolha do mediador e das Câmaras Privadas de Mediação sob a perspectiva do marco regulatório da

A boa-fé pode ser analisada sob dois primas: o da boa-fé subjetiva e o da boa-fé objetiva. Fredie Didier Jr. as distingue, afirmando que “A boa-fé subjetiva é elemento do suporte de alguns fáticos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas”⁷⁰¹.

No mesmo sentido, Brunela Vieira de Vincenzi e Fernanda Pompermayer Almeida de Oliveira lecionam que a boa-fé subjetiva é voltada à proteção do homem honesto em suas variadas relações sociais, enquanto boa-fé objetiva é norma universal de conduta, que pode se apresentar como “(i) *cânone hermenêutico-integrativo*; (ii) *criadora de deveres jurídicos*; e (iii) *limite ao exercício de direitos subjetivos*”⁷⁰².

A boa-fé não é referida apenas na cláusula geral do art. 5º do CPC/2015, mas também, de forma expressa, nos arts. 322, §2º, e 489, §3º⁷⁰³, e, de forma implícita, nos arts. 77 e 774 – estes últimos sancionam aqueles que praticam atos atentatórios à dignidade da justiça, comportando-se de forma contrária à boa-fé.

Rodrigo Mazzei ensina que a adoção de cláusulas gerais (como a boa-fé) é marca da ideologia pós-positivista que orientou a edição do Código Civil de 2002, mais preocupada com valores éticos e morais e com a função social do Direito⁷⁰⁴. Através

mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**: RArb, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set., , p. 141-153, 2015)

⁷⁰¹ DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 5º do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 34.

⁷⁰² VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo. **Revista de Arbitragem e Mediação**: RArb, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set., p. 197-208, 2015.

⁷⁰³ Art. 322. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé. Art. 489. [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁷⁰⁴ No mundo jurídico, o positivismo filosófico era a ideologia predominante no início do século XX, que refletiu, inexoravelmente, na elaboração do Código Civil de 1916. Assim, afluía o empenho legal em se buscarem conceitos dogmáticos e fechados, assentados na idéia de completude do ordenamento jurídico, com a aproximação entre Direito e norma. Por esta razão que se nota na antiga codificação a tendência de se trazerem para o prisma legal todas as hipóteses empíricas possíveis, através de fórmulas casuísticas que possibilitassem a mera subsunção formalista do julgador, uma vez que se primava pela segurança jurídica da lei. Entretanto, com a ascendência de idéias que não se amoldavam à ideologia do positivismo, a partir de reflexões a respeito da função social do Direito, a segunda metade do século XX foi marcada pelo nascimento de um ideário difuso, comumente chamado de pós-positivismo, no qual houve uma contemplação das relações entre valores, princípios e regras, com foco para conceitos assentados na ética e na moral. Tal ideologia marcou profundamente a elaboração no Novo Código Civil de 2002 (tendo sido o âmago de sua sistemática), através da utilização de critérios e fórmulas que o distinguem de maneira notável da pretérita codificação. Neste diapasão, encontra-se em especial destaque a mobilidade do novel sistema civil, a qual repousa na adoção das chamadas cláusulas gerais. (MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas Iniciais à leitura do novo código civil. In: ARRUDA

das cláusulas gerais, forma-se um modelo estrutural móvel, que “[...] permite o transporte dos valores constitucionais, colocando-os em prática a partir do preenchimento dos dispositivos constantes da codificação, com a valoração almejada na nossa Carta Maior”⁷⁰⁵.

Assim, cumpre-se observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma matriz de eticidade voltada a nortear a conduta de todos os integrantes da sociedade, ao instituir um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

A partir dessa premissa, verifica-se que a cláusula geral de boa-fé se apresenta como imperativo reinante não apenas para a definição do devido processo legal, mas como vetor orientador de todos os que, de qualquer forma, participam de quaisquer dos tratamentos adequados de conflitos, seja através da jurisdição estatal, da arbitragem, da negociação, da conciliação ou da mediação.

6.2.5. Princípio da Decisão Informada

O princípio da decisão informada restou consagrado expressamente no *caput* do art. 166 do CPC/2015 e conceituado no inciso II do art. 1º do Anexo III da Resolução CNJ n.º 125/2010 como o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”.

Apesar de não estar expressamente previsto como princípio da mediação na Lei n.º 13.140/2015, sua presença é irrefutável, tendo-se em vista que ele nada mais é do que mero desdobramento dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

Isso, porque é impossível o pleno exercício da autonomia da vontade sem que se disponha de informações suficientes para se pautar a escolha do melhor caminho a ser seguido, não se olvidando de que o dever de informação se apresenta como um dever anexo da boa-fé objetiva.

Ademais, o princípio da decisão informada está previsto na Resolução CNJ n.º 125/2010 como princípio comum à conciliação e à mediação. A mesma resolução, em

ALVIM; ARRUDA ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. I. p. X-XI)

⁷⁰⁵ MAZZEI. Notas Iniciais à leitura do novo código civil. 2005. p. LXXVI.

seu art. 2º, inciso I, do Anexo III, ainda consagra a regra do dever de informação, consistente no: “dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo”.

Assim, a Resolução n.º 125/2010 estabelece dicotomia normativa no trato das informações afetas à conciliação e à mediação: a primeira espécie normativa é o Princípio da Decisão Informada – art. 1º, inciso II, do Anexo III –, e a segunda é o dever de informação – art. 2º, inciso I, do Anexo III.

Considerando-se que as regras se apresentam como obrigações absolutas, que somente podem deixar de ser satisfeitas em caso de invalidade, e que os princípios são normas de otimização, que podem ser satisfeitas em graus variáveis dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁷⁰⁶, impõe-se reconhecer que a dicotomia acima apresenta repercussões relevantes.

Isso, porque o dever do mediador e do conciliador de esclarecimento aos envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, sobre os princípios deontológicos aplicáveis, as regras de conduta e as etapas do processo, apresenta-se como obrigação que deve ser satisfeita, sob pena de invalidade do procedimento.

Por outro lado, o princípio da decisão informada pode apresentar diferenças na sua incidência, a depender da variação de possibilidades fáticas e jurídicas decorrentes da natureza do tratamento de conflito – conciliação ou mediação – ou da assistência ou não da parte por advogado ou defensor público.

A definição do grau de aplicabilidade do Princípio da Decisão Informada não é tarefa das mais simples, visto que, apesar de a Resolução n.º 125/2010 explicitar que o conciliador e o mediador têm o dever de manter o jurisdicionado “plenamente informado quanto aos seus direitos” – inciso II do art. 1º do Anexo III da Resolução CNJ n.º 125/2010 –, Fernanda Tartuce sustenta que não cabe ao mediador fazer qualquer análise acerca do mérito.

Em relação ao mérito da disputa, não cabe ao terceiro imparcial atuar como assessor técnico ou advogado, mas tão somente checar se os envolvidos conhecem dados suficientes para que as soluções construídas consensualmente possam ser acolhidas como fruto genuíno e esclarecido consentimento.

⁷⁰⁶ ALEXY. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2015. p. 90-93.

Nas sessões consensuais, o condutor da autocomposição, antes de iniciar a comunicação sobre o mérito da disputa, deve se certificar se os litigantes estão devidamente informados sobre as possibilidades de sucesso na demanda e sobre o direito envolvido; se for o caso, deve também advertir sobre a necessidade de que se informem com um profissional. Essas iniciativas são importantes para que não venham a ser celebrados “pseudoacordos”; sem haver consentimento genuíno e informado, podem advir avenças inexistentes no plano jurídico e ineficazes em termos de cumprimento espontâneo, sendo completamente danosas ante a falta de informações relevantes.⁷⁰⁷

De fato, não compete ao mediador atuar como advogado ou assessor de qualquer dos mediados, inclusive, porque o art. 2º, IV, do Anexo III da Resolução CNJ n.º 125/2010 impõe o dever de desvinculação da profissão de origem, seja ela de advogado, psicólogo, assistente social ou profissional de outra área. Todavia, inferir a total impossibilidade de o terceiro prestar qualquer esclarecimento jurídico não se apresentaria correta.

Primeiro, o consentimento informado veio consagrado como princípio tanto da conciliação, como da mediação. Na conciliação, o terceiro pode sugerir soluções para o fim do litígio, o que, implicitamente, carregará uma carga avaliativa da questão⁷⁰⁸.

Na conciliação e na mediação judicial, o art. 165, §3º⁷⁰⁹, estabelece que esse terceiro deve auxiliar os mediados a compreender as questões e os interesses em conflito. Assim, considerando que as questões podem ser de fato e de direito e que os procedimentos de conciliação e mediação não são voltados para a produção de provas, nem à comprovação de fatos, o dispositivo somente pode ser entendido como o auxílio dado pelo terceiro na compreensão das possíveis repercussões jurídicas que podem advir dos termos do acordo – o que não se confunde com a realização de efetivo juízo de valor acerca do mérito da causa.

Ademais, nos procedimentos do CPC/2015, a presença de advogado ou defensor público é compulsória, por força dos arts. 334, §9º, e 695, §4º, o que importa em uma atuação mais ativa desses profissionais e, por consequência, limita a atuação do terceiro. Salvo exceção expressa, nos demais procedimentos judiciais previstos

⁷⁰⁷ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015. p. 193.

⁷⁰⁸ Art. 165. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

⁷⁰⁹ Art. 165. [...] § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos 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.

em legislação extravagante, também é imperativa a atuação de advogado ou defensor público, por força do disposto no art. 26 da Lei 13.140/2015⁷¹⁰.

Por outro lado, na conciliação judicial realizada no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública, e nas mediações extrajudiciais, as partes não necessitam estar acompanhadas de advogados ou defensores públicos, nos termos dos artigos 10 e 26 da Lei n.º 13.140/2015⁷¹¹.

Assim, estando as partes desacompanhadas de advogado ou defensor público, dentro de uma perspectiva de pluriparcialidade do terceiro, dificilmente o mediador ou conciliador não elucidará as possíveis consequências de determinada solução cogitada pelos mediandos.

Assim, entre autorizar a realização de um “pseudoacordo” entre as partes, incapazes de compreender adequadamente o fato e as suas consequências, e conferir certo grau de avaliação para mediador, voltada exclusivamente a auxiliar as partes na identificação da variedade de possibilidades de acordo, a legislação brasileira optou pela segunda opção.

Ressalte-se, mais uma vez, que o mediador não pode se comportar como advogado ou assessor de qualquer das partes, tanto que, na mediação extrajudicial – em que a presença de advogado e do defensor público é facultativa –, o parágrafo único do art. 10 estabelece que “Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”. Caso tal medida não fosse adotada, a mediação poderia estar seriamente comprometida. Além do aspecto psicológico da parte desassistida, que pode acreditar se encontrar em situação de desvantagem, o próprio mediador ficaria em uma situação difícil de se administrar, pois ou teria de sair de uma situação de imparcialidade – ou pluriparcialidade – para proteger os interesses da parte desacompanhada de advogado ou defensor público, ou teria que se quedar inerte diante de um procedimento que poderia caminhar para um acordo

⁷¹⁰ Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n.ºs 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001. Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública. (Seção III – Do procedimento de Mediação; Subseção III – Da Mediação Judicial – Lei n.º 13.140/2015)

⁷¹¹ Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas. (Seção II – Dos Mediadores; Subseção II – Dos Mediadores Extrajudiciais – Lei n.º 13.140/2015);

evidentemente desvantajoso, que, além de criar o mesmo sentimento de injustiça criado por uma sentença, poderia propiciar o nascimento de conflitos futuros.

Portanto, feitas tais considerações, o princípio do consentimento informado deve ser compreendido como a norma que estabelece o dever do terceiro imparcial de manter as partes plenamente informadas das questões fundamentais relacionadas ao conflito, para que possam exercer conscientemente e de boa-fé a autonomia da vontade, a partir das informações disponíveis, além de assegurar a compreensão das possíveis repercussões jurídicas que podem advir dos termos do acordo. Como já referido, o princípio do consentimento informado é uma norma de otimização que será aplicada em variados graus de intensidade a depender do tratamento aplicado – conciliação ou mediação –, bem como da presença ou não de advogado ou defensor.

6.2.6. Princípios da Oralidade e da Informalidade

O princípio da oralidade veio expressamente consagrado como princípio da conciliação e da mediação no *caput* do art. 166 do CPC/2015⁷¹² e no inciso III do art. 2º da Lei n.º 13.140/2015⁷¹³. Não obstante não tenha sido consagrado de forma expressa como princípio na Resolução CNJ n.º 125/2010, verifica-se a sua recorrente presença nas diretrizes curriculares obrigatórias estabelecidas para os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores, constante do Anexo I daquela resolução, quando ela se refere à técnica da Escuta Ativa.

Segundo Tania Almeida, a escuta ativa se apoia no tripé legitimação, balanceamento e perguntas. A legitimação decorre da postura do mediador em receber o que está sendo trazido de forma verbal, ou não, pelos mediandos, ofertando qualidade à interlocução, para que as pessoas se sintam legitimadas em seus aportes e participação. O balanceamento consiste em conferir oportunidades equânimes de expressão aos mediandos, para conferir equilíbrio à conversa. As perguntas, que

⁷¹² Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁷¹³ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: III - oralidade;

devem ser de naturezas diversas, têm por escopo a geração de informações que favoreçam o progresso da mediação⁷¹⁴.

A oralidade já vinha sendo adotada como princípio da conciliação nos Juizados Especiais, pois desburocratiza o procedimento, conferindo celeridade e operosidade ao sistema⁷¹⁵. Na mediação, não é diferente, sendo certo que é da essência da própria mediação a utilização do procedimento oral para construir um diálogo colaborativo e democrático, em que as próprias partes possam buscar o consenso. Nesse sentido, Fernanda Tartuce leciona que na mediação “[...] como a proposta é que o indivíduo possa falar sobre a situação controvertida com liberdade e sem formalismo, a tendência é que o peso da linguagem jurídica tenha menor impacto”⁷¹⁶.

Nesse aspecto, verifica-se que a oralidade e a informalidade caminham juntas e têm idênticos escopos, dado que buscam a facilitação do diálogo das partes. A consequência de ambas é que os procedimentos de mediação e de conciliação acabam por não apresentar regras rígidas. Não há um roteiro fechado a ser seguido pelas partes, pelos seus representantes e pelo terceiro. O procedimento se apresenta flexível, para se adequar às peculiaridades do caso concreto.

6.2.7. Princípio da Confidencialidade

O princípio da confidencialidade foi consagrado com expressivo destaque pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, já que, dentre todos os princípios, foi o que mereceu maior número de dispositivos. A Resolução n.º 125/2010 consagrou a confidencialidade como o “dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese”.

⁷¹⁴ ALMEIDA. **Caixa de ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. 2014. E-book.

⁷¹⁵ Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. Forense: Rio de Janeiro. 2000. p. 63)

⁷¹⁶ TARTUCE. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2015. 199

O legislador teve uma especial preocupação com esse princípio, buscando positivar a sua extensão e as suas exceções. Não obstante, trata-se de princípio que pode ser afastado pelas partes, podendo sucumbir diante da autonomia da vontade.

A confidencialidade é um princípio que tem por escopo criar um ambiente favorável à conciliação e à mediação, viabilizando que as partes de boa-fé se manifestem, sem que as informações prestadas possam ser usadas posteriormente contra si em processo judicial ou arbitral. Inclusive, o §2º do art. 30 da Lei n.º 13.140/2015 trata as informações oriundas do procedimento de mediação como prova ilícita, prescrevendo que “A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial”.

Em razão de essa prova não ser admitida no processo judicial ou arbitral, segmento da doutrina sustenta a impossibilidade de o magistrado realizar pessoalmente a audiência de conciliação ou mediação⁷¹⁷. Nesse mesmo sentido, foi editado o Enunciado n.º 3 pelo Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem (GEMEP-CBAR), com seguinte teor: “O julgador, em qualquer grau de jurisdição, deve estimular a adoção da autocomposição, sendo a ele vedada a condução da sessão consensual, por força dos princípios da imparcialidade e da confidencialidade”. Ainda, na mesma linha de raciocínio, foi editado o enunciado número 46, na I Jornada de Prevenção e Solução extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal:

Os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de confidencialidade na mediação e conciliação, não levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, para fins de ofícios.

⁷¹⁷ “Os mecanismos consensuais pressupõem um maior poder e participação das partes sobre o seu próprio conflito. De espectadores do debate elas passam a atoras da resolução. A solução negocial pressupõe uma fraqueza que passa, muitas vezes, pela admissão de que a outra parte também tem razão. Não há necessidade de um vencedor e um perdedor. O resultado e a solução precisam ser aceitáveis para ambas as partes. Isso passa, em muitas situações, pela admissão de culpa, pela contemplação das oportunidades, pela revisão dos fatos a partir da visão do outro. Não há resolução consensual de disputa sem diálogo. Não é possível, entretanto, haver diálogo franco se o que for dito durante os debates puder ser utilizado como prova em processo judicial ou arbitral. É por isso também que o Código de Processo Civil estabelece, como regra, que o juiz não participa das audiências ou encontros de mediação, para que não fique influenciado pelas tratativas das partes. Não há fraqueza no debate perante quem poderá vir a decidir impositivamente o caso. Com essa preocupação, o CPC fomenta o acompanhamento do processo de solução amigável por um profissional especificamente capacitado para tanto: o mediador ou o conciliador.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 2º da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 15)

Entretanto, cumpre se observar que tal vedação não pode ser tida como absoluta, tendo em vista que o art. 139, V, do CPC/2015 dispõe que o magistrado deve: “[...] promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

A leitura a *contrario sensu* da expressão “preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, contida no art. 139, V, do CPC/2015, impõe que a conciliação ou a mediação realizada diretamente pelo magistrado o seja apenas em caráter excepcional ou subsidiário.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal, durante a sua I Jornada de Direito Processo Civil, editou o enunciado n.º 23, segundo o qual: “Na ausência de auxiliares da justiça, o juiz poderá realizar a audiência inaugural do art. 334 do CPC, especialmente se a hipótese for de conciliação”.

Acerca de tal enunciado, duas observações se fazem necessárias. A primeira diz respeito ao caráter subsidiário que é atribuído ao magistrado, o qual somente deverá participar da autocomposição, quando não houver disponibilidade de conciliadores ou mediadores. A segunda observação, que não pode ser ignorada, é a distinção realizada entre a mediação e a conciliação, visto que, segundo o enunciado, essa última demonstraria mais compatibilidade com a atividade realizada pelo juiz.

De fato, apesar de o princípio da confidencialidade orientar tanto a mediação quanto a conciliação, verifica-se uma diferença de intensidade na incidência desse princípio em relação a cada um desses tratamentos de conflito, o que se justifica a partir da percepção de que os princípios são normas de otimização que podem ser satisfeitas em graus variáveis⁷¹⁸.

Enquanto a mediação se destina a tratar conflitos entre pessoas que possuem entre si um vínculo continuativo, a conciliação tem por escopo o tratamento de questões pontuais entre pessoas que não têm esse tipo de vínculo. Enquanto a conciliação é voltada para a obtenção do acordo, na mediação esse é apenas um elemento accidental, visto que o principal objetivo da mediação é tratar o relacionamento entre as partes. Por essa razão, a mediação impõe uma maior imersão nos sentimentos das pessoas, nos interesses em jogo, nas causas e nas

⁷¹⁸ ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2015. p. 90-93.

consequências do conflito, a qual resulta numa maior proximidade entre o terceiro e as partes.

Essa proximidade pode ocasionar uma quebra da imparcialidade do juiz durante o julgamento, dado que a cognição das informações e das provas debatidas na mediação poderá influir diretamente no futuro julgamento, mesmo que não integrem formalmente a decisão, notadamente diante do risco concreto de as provas produzidas durante a instrução serem interpretadas a partir da convicção formada durante a mediação (*confirmation bias*).

[...] o viés de confirmação (*confirmation bias*) pode ser caracterizado como sendo a tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem preconceções próprias⁷¹⁹.

Desse modo, mostra-se justificável a distinção entre a conciliação e a mediação realizada pelo enunciado, pois a autocomposição não é atividade estranha ao magistrado, o qual, inclusive, tem poder de homologá-la. O que se deve evitar é que o juiz presencie e participe de um debate amplo entre as partes, pois tais informações serão consideradas – mesmo que inconscientemente – por ocasião do julgamento.

Assim, mostra-se de suma importância que o art. 139, V, do CPC/2015 não seja interpretado como uma ampla possibilidade de o magistrado participar da autocomposição. Ao contrário, tal dispositivo deve ser objeto de interpretação sistemática para harmonizar o seu conteúdo ao disposto no §1º do art. 166⁷²⁰ do CPC/2015, no §2º⁷²¹ do art. 30 da Lei de Mediação e no §1º do art. 8º⁷²² da Resolução CNJ 125 – os quais reforçam o afastamento, *a priori*, do magistrado do papel de mediador ou conciliador – sob pena de violar a confidencialidade em sentido amplo.

⁷¹⁹ NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p.80.

⁷²⁰ Art. 166. [...] § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

⁷²¹ Art. 30. [...] § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

⁷²² Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. § 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

A disciplina assim imposta se coaduna com as duas formas de confidencialidade. Em sentido estrito, a confidencialidade se aplica entre o mediador e os mediandos, considerados separadamente. O que a parte revelar ao mediador fica, em princípio, protegido pela confidencialidade, não tendo o mediador o direito de transmitir a informação colhida à outra parte, salvo autorização expressa. [...] Em sentido, amplo, a confidencialidade se estende a todos os demais atores da mediação – mediador, mediandos, prepostos, advogados, assessores técnicos etc. – nas suas relações com terceiros.⁷²³

A conjugação do art. 166, §1º, do CPC/2015 com o *caput* art. 30 da Lei de Mediação⁷²⁴ permite identificar a extensão da confidencialidade, que se aplica a toda e qualquer informação prestada no curso do procedimento autocompositivo, salvo quando as próprias partes dispuserem de modo diverso, a sua divulgação for decorrência de lei ou quando for indispensável para o cumprimento do acordo obtido na mediação.

Nesse sentido, o §1º do art. 30 afirma que o dever de confidencialidade alcança: “I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação”. Todavia, cumpre-se salientar que se trata de rol exemplificativo⁷²⁵, tendo em vista que a confidencialidade alcança qualquer informação prestada no curso do procedimento.

A própria lei de mediação prevê três hipóteses em que a confidencialidade está afastada por força de lei: (1) quando sua divulgação for necessária para o cumprimento do próprio acordo firmado (Art. 30, *caput*); (2) quando a informação for relativa a crime de ação pública (Art. 30 §3º)⁷²⁶; e (3) quando houver o dever de prestar

⁷²³ HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** São Paulo: Atlas, 2016. p. 198.

⁷²⁴ Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁷²⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. **Fundamentos.** In: HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** São Paulo: Atlas, 2016. p. 62

⁷²⁶ Art. 30. [...] § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de se manter sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (Art. 30 §4º)⁷²⁷. Em relação a essa última hipótese, cabe trazer-se à colação o Enunciado nº 4 do Grupo de Estudos de Mediação Empresarial Privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem (GEMEP-CBAr), que preconiza que, como exceção à regra, o §4º do art. 30 deve ser interpretado de forma restritiva:

Enunciado 4 do GEMEP (art. 166 §§1º e 2º, CPC; art. 30 §4º, LM; art. 198, §1º, I e II, CTN): Exceção da confidencialidade: O dever de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, previsto no artigo 30, §4º da LM deve ser interpretado de modo restritivo, exclusivamente nas hipóteses de quebra de sigilo previstas nos incisos I e II, do §º 1 do artigo 198 do Código Tributário Nacional, ou seja, mediante requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça ou por solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, comprovada a regular instauração de processo administrativo e demais requisitos que fundamentem o pedido de quebra de sigilo.

Por fim, há, ainda, a possibilidade de realização de sessões privadas – *caucus* – com cada uma das partes da mediação ou conciliação, hipótese na qual as informações obtidas pelo mediador não poderão ser levadas ao conhecimento da parte contrária, sem consentimento da pessoa que prestou a informação⁷²⁸, o que caracterizaria uma hipótese de confidencialidade em sentido estrito.

6.2.8. Princípio do Consenso

O princípio do consenso talvez pareça o mais óbvio dos princípios, pois a conciliação e a mediação não admitem qualquer solução adjudicada que substitua a vontade das partes.

O Princípio do Consenso está expressamente consagrado como princípio da mediação no art. 2º, inciso VI, da Lei de Mediação⁷²⁹. Apesar de não estar previsto no art. 166 do CPC/2015, a solução consensual do conflito foi consagrada pelo novo

⁷²⁷ Art. 30. [...] § 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

⁷²⁸ Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

⁷²⁹ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VI - busca do consenso;

Código de Processo Civil como a forma primordial de solução de conflitos, através da norma fundamental do §2º do art. 3º, que estabelece que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

A expressão “sempre que possível” é relevante, porquanto o acordo não pode, de forma alguma, ser imposto às partes. Nesse sentido, o inciso III do art. 2º da Resolução n.º 125/2010 estabeleceu que o conciliador ou mediador tem “dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles”.

Ainda durante a tramitação dos projetos de lei do CPC/2015 e da Lei de Mediação, algumas vezes se levantaram contra o princípio da busca do consenso, negando-lhe, inclusive, a qualidade de princípio, em razão de o acordo não ser elemento essencial da mediação, a qual pode ser considerada exitosa pela restauração do diálogo entre as partes⁷³⁰. De fato, uma análise qualitativa dos resultados de uma mediação passa pela análise de outros fatores mais afetos aos objetivos primários dessa modalidade de tratamento de conflito.

Se o desempenho do mediador não pode ser exclusivamente mensurado a partir dos índices de acordos por ele facilitados, a mesma assertiva pode ser empregada quanto à eficácia da mediação em si. O resultado útil da mediação não pode ser reduzido à formalização do acordo entre as partes. A afirmação resulta da diversidade de objetivos primários que a mediação se propõe a consagrar: i) a exploração aprofundada do conflito, para fins de compreensão das suas principais causas e efeitos; ii) a prática de concessões sobre interesses em jogo; iii) o fortalecimento do diálogo e da relação entre os mediados; iv) o restabelecimento dos fluxos comunicacionais; v) o estabelecimento de narrativas colaborativas; vi) a transformação dos mediados como pessoas; e vii) o empoderamento das partes. Como o acordo é um objetivo secundário da mediação, atingido mediante a consagração dos objetivos primários acima destacados, não deve ser considerado como fonte primária de avaliação quantitativa de resultados.⁷³¹

De fato, uma mediação não pode ser considerada exitosa pelo simples fato de atingir um acordo, de modo que o princípio da busca do consenso não pode ser interpretado, de forma alguma, como autorização de uma busca incessante do acordo.

Na verdade, uma interpretação sistêmica do CPC/2015, da Lei n.º 13.140/2015 e da Resolução CNJ n.º 125/2010 torna absolutamente impossível essa exegese,

⁷³⁰ ALBERTON, Genaceia da Silva. O Núcleo de Estudos no contexto da mediação no Rio Grande do Sul e as proposições legislativas a área de mediação. **Revista Multijuris**. Rio Grande do Sul. Ano IX. n. 13, Dez., p. 1-7, 2014. Disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/O-NUCLEO-DE-ESTUDOS-NO-CONTEXTO-DA-MEDIACAO.pdf>>. Acesso em 24/04/2019.

⁷³¹ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 290.

notadamente diante do disposto no art. 165, §2º, do CPC, o qual estabelece ser “[...] vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”⁷³², bem como do art. 20 da Lei de Mediação, segundo o qual: “o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção do consenso [...]”⁷³³.

Portanto, o Princípio do Consenso deve ser interpretado como o dever de o mediador estimular as partes a estabelecerem uma negociação cooperativa – e não competitiva –, como forma de que as próprias partes possam obter uma solução consensual e a melhor solução possível para ambas⁷³⁴.

6.3. OS MODULOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO CODIFICADOS

6.3.1. O módulo de autocomposição do procedimento comum

O procedimento comum serve como *standard* procedimental⁷³⁵, a partir do qual outros procedimentos podem dele se distinguir pela consagração de técnicas específicas.

O CPC/2015 estabeleceu, como requisito da petição inicial, a indicação da opção do autor pela realização (ou não) da audiência de conciliação ou de mediação⁷³⁶.

⁷³² Art. 165. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

⁷³³ Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

⁷³⁴ CUNHA. Comentários ao art. 2º da Lei de Mediação. 2018. p. 14)

⁷³⁵ “O procedimento assim estruturado - geralmente denominado comum ou ordinário - serve ao volume maior e principal das causas, às situações mais freqüentes e destituídas de peculiaridades aptas a justificar um tratamento diferenciado. Por outro lado, como já ficou brevemente mencionado, esse procedimento por assim dizer genérico funciona também como um *standard* básico, seja no sentido de que a partir dele se constroem os outros, específicos, seja porque em numerosos casos a diversidade destes em confronto com aquele é parcial e condicionada, de tal sorte que o trâmite processual, iniciado em forma diferenciada, retorna ao leito comum do rito básico a partir de certo momento ou a depender de uma dada condição.” (FABRICIO, Adroaldo Furtado. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia Brasileira de Direito Processual**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)>. Acesso em 22/10/2016)

⁷³⁶ Art. 319. A petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Fredie Didier Jr.⁷³⁷ e André Vasconcelos Roque⁷³⁸ lecionam que – apesar do disposto no art. 319, VII, do CPC/2015 – a ausência de manifestação, na petição inicial, acerca da opção pela realização (ou não) da audiência de conciliação ou de mediação não implicará o indeferimento da petição. A ausência dessa indicação não enseja sequer a emenda da exordial e deve ser interpretada como concordância com a realização do ato.

No mesmo sentido, o Enunciado n.º 3º do Fórum Nacional de Conciliação e Mediação – FONACON: “No silêncio do autor sobre a opção pela audiência de conciliação ou mediação (arts. 319, VII e 334, §4º, do NCPC), o juiz designará a audiência sem a necessidade de emenda à inicial”.

Caso a petição preencha os requisitos estabelecidos no art. 319 – juízo ao qual é dirigida; qualificação; exposição dos fundamentos de fato e de direito; pedido, valor da causa, especificação das provas que pretende produzir; a opção expressa ou tácita pela realização (ou não) de audiência de conciliação ou de mediação –, e não seja hipótese de improcedência liminar do pedido, o juízo designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias.

No CPC/2015, o réu não é mais citado para contestar, e, sim, para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Tal alteração, por si só, já impõe uma alteração da postura dos atores processuais, haja vista que a utilização de um excesso de retórica por parte da parte autora pode influir negativamente no ânimo da parte contrária e, por consequência, gerar prejuízo à autocomposição.

No CPC/1973, a parte autora – através de seu causídico – tinha que articular todos os seus argumentos e pedidos com a maior carga de energia na persecução do seu direito. No momento seguinte, o réu efetuava o máximo de resistência possível à pretensão do autor. Somente após ambas as partes utilizarem todas as suas energias nas articulações dos fundamentos e dos pedidos, é que surgia a possibilidade de autocomposição em audiência perante o magistrado que julgaria a causa. Por óbvio, nem as partes nem seus advogados estariam predispostos ao acordo, após empreenderem todas as suas forças no ataque e na defesa, especialmente se

⁷³⁷ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 2016. p. 63.

⁷³⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. Comentários ao Art. 966 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 466.

considerarmos que a condução da autocomposição do magistrado inviabilizava, muitas vezes, o reconhecimento de fatos indispensáveis às tratativas.

Há, de fato, uma mudança de paradigma, visto que, no CPC/1973, a tentativa de autocomposição somente era perpetrada após o oferecimento da contestação, ou seja, após ambas as partes articularem todos os argumentos possíveis de contrariedade à pretensão da parte adversa e, por consequência, ascenderem na espiral do conflito

O CPC/2015 adota diretriz diferente, pois estabelece a realização da audiência de conciliação ou mediação, conduzida, em princípio, por uma auxiliar da justiça, antes do oferecimento de contestação. Nesse contexto, o advogado da parte autora deve tomar o cuidado de realizar a fundamentação de seus pedidos da forma mais técnica e impessoal, de modo a não comprometer eventual solução consensual. O patrono do réu, por sua vez, sequer terá gasto energia rebatendo os fundamentos e pedidos do autor, razão pela qual ainda não estará contaminado pelo litígio. A discussão também poderá ser mais aberta, uma vez que a sessão é revestida de confidencialidade, na forma do art. 30 da Lei n.º 13.140/2015. A utilização de qualquer informação em infringência à confidencialidade resultará na inadmissibilidade da prova. Por essas razões, foi aprovado o Enunciado n.º 56, no Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM –, com o seguinte teor: “Nas atas das sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes”.

Portanto, o CPC/2015 – ao situar a tentativa de autocomposição antes da contestação – teve o claro escopo de buscar um ambiente mais favorável ao tratamento do conflito.

A tentativa de redução da litigiosidade restou evidente, pois tal modificação resulta em um novo olhar que os atores processuais devem ter do processo, até porque, caso a tentativa de autocomposição logre obter uma melhora qualitativa do diálogo entre as partes, novas opções de soluções se abrirão no futuro, o que poderá importar em ganho de tempo e de recursos para todos os envolvidos.

Outra inovação que almeja estimular a autocomposição consiste na obrigação conferida ao oficial de justiça de “certificar, em mandado, proposta de autocomposição

apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber” (art. 154, VI, do CPC/2015).

Assim, ao realizar a citação do réu, o oficial de justiça deverá certificar se ele possui proposta de acordo. Em caso positivo, o juiz determinará a intimação do autor para se manifestar no prazo de 5 dias, entendendo-se o silêncio como recusa (art. 154, parágrafo único). Sobre o tema, Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves lecionam que a certidão do oficial de justiça deve especificar os termos mínimos do acordo, bem como que deve ser aplicado o regramento do Código Civil acerca da proposta e aceitação para a formação dos contratos.

É importante frisar que a proposta de autocomposição pode ser apresentada por qualquer das partes, na ocasião de recebimento de qualquer ato de comunicação processual e que, embora não conste do dispositivo, deverá ser apresentada com modulação completa, a permitir que a contraparte, ao tomar ciência da certidão possa avaliar sua viabilidade. Portanto, o oficial deverá não só certificar que há proposta de autocomposição, como também indicar seus contornos mínimos, registrando, por exemplo, se o pagamento será à vista ou à prazo de validade da proposta, enfim, as condições ofertadas pelo interessado. Deve ser aplicado, com suas adaptações necessárias, o disposto nos arts. 427-435 do CC/2002 (que tratam da proposta e sua aceitação para fim de formalização dos contratos), até mesmo para que a proposta de autocomposição não se eternize e não prejudique o curso natural do processo.⁷³⁹

O mandado de citação, dentre outros requisitos, deverá intimar o réu, com antecedência mínima de 20 dias, para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, no dia, local e hora marcados, acompanhado de advogado ou defensor público⁷⁴⁰, bem como deverá advertir que a sua ausência injustificada configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, §8º, do

⁷³⁹ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Comentários ao Art. 154 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 238

⁷⁴⁰ Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá: I - os nomes do autor e do citando e seus respectivos domicílios ou residências; II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução; III - a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver; IV - se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento; V - a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória; VI - a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

CPC/2015⁷⁴¹. O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o enunciado n.º 273⁷⁴², segundo o qual tal multa é inaplicável, caso o réu não seja advertido no próprio mandado.

O autor deve ser intimado para a audiência na pessoa de seu advogado – art. 334, §3º, do CPC/2015⁷⁴³ – ou pessoalmente, caso esteja representado pela Defensoria Pública, porquanto o art. 186, §2º, estabelece que: “A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada”. Acerca do tema, Felipe Borring Rocha justifica a razão do *discrímen*:

Além disso, a Defensoria Pública tem sua atuação derivada da lei e não de um contrato firmado com o seu assistido. O Defensor Público, embora promova a defesa técnica-processual do assistido, não o representa no sentido material, nem com ele mantém contato profissional direto. Por isso a posição do Defensor Público não pode ser equiparada à do advogado privado, que trava contato estreito e pessoal com seu cliente, formado a partir de um vínculo de confiança decorrente da contratação (instrumento de mandato). Além disso, é preciso considerar não apenas o volume de causas patrocinadas pela Defensoria Pública e as suas limitações materiais, mas também as dificuldades inerentes à comunicação com as pessoas mais carentes. Portanto, na hipótese, é preciso aplicar a regra da proporcionalidade e da razoabilidade, para tratar de forma isonômica situações materialmente distintas (art. 8º do CPC/2015). A conclusão a que se chega é que a intimação do Defensor Público não supre a intimação pessoal do assistido para a prática dos atos personalíssimos, sob pena de vulneração do princípio do devido processo legal, no plano do contraditório efetivo (art. 5º, LV, da CF e art. 7º do CPC/2015).⁷⁴⁴

Cumpra-se salientar que o autor, caso não deseje participar da audiência de conciliação ou mediação, deverá manifestar o seu desinteresse na autocomposição na própria petição inicial – art. 334, §5º⁷⁴⁵ –, sendo certo que a sua ausência

⁷⁴¹ Art. 334. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

⁷⁴² Enunciado do FPPC n.º 273: “Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade”.

⁷⁴³ Art. 334. [...] § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

⁷⁴⁴ ROCHA, Felipe Borring. Os impactos do Novo CPC na Defensoria Pública: Intimação Pessoal e Prazo em Dobro. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões no Novo CPC. 1ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. vol. 5. p. 277.

⁷⁴⁵ Art. 334. [...] § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

injustificada a essa audiência também acarretará a aplicação da multa do §8º do art. 334 do CPC/2015.

Entretanto, o mero desinteresse do autor ou do réu pela autocomposição não implicará a não realização da audiência. Esta somente não será realizada em duas hipóteses: 1) caso haja manifestação expressa, de todas as partes, pela não realização do ato – art. 334, § 4º, I, e §6º, do CPC/2015⁷⁴⁶ –, sendo que o réu deverá fazê-lo por meio de petição, apresentada com 10 dias de antecedência da audiência; 2) caso não seja admissível a autocomposição – art. 334, § 4º, II, do CPC/2015⁷⁴⁷.

A primeira hipótese foi alvo de crítica por segmento da doutrina que enxerga no dispositivo uma norma atentatória à celeridade do processo, pois a regra viabilizaria, em tese, a utilização da autocomposição de forma contrária ao seu espírito, com o exclusivo escopo de retardar o andamento do feito em hipóteses de difícil, improvável ou impossível acordo.

Por essa razão, Marcelo Pacheco Machado defende a possibilidade de o juiz não designar tal audiência quando já houver tentativa de convite para a autocomposição, antes do ajuizamento da ação, uma vez que a exigência da concordância de todas as partes para a dispensa da audiência somente se mostra aplicável quando já houver ação ajuizada e não tiver havido tentativa extrajudicial prévia de acordo.

A necessidade de manifestação expressa da vontade é exigida quando esta se dá depois de o processo existir, pelo autor na inicial e pelo réu por petição simples (CPC, art. 4º, I). No entanto, a norma restritiva de direitos (limites à manifestação de vontade), deve ser interpretada restritivamente, de modo que a exigência de manifestação expressa de vontade não se aplica aos demais negócios, formulados antes de o processo nascer.

Isto, porque, conforme já nos manifestamos, aos negócios jurídicos processuais se aplicam subsidiariamente as regras do direito civil, dentre as quais o art. 111 do Código Civil, pelo qual “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. No caso, a inércia da parte em sequer responder à tentativa de conciliação ou mediação prévia, mesmo diante de alerta específico, no contexto social em que inseridas as medidas pré-processuais (CC, art. 422), permite-nos inferir a ausência de pré-disposição daquele sujeito em se submeter às referidas técnicas. É, sim, vontade clara em não conciliar!

Com base neste fundamento, a parte que almejar se valer do Judiciário pode, antes disso, encaminhar correspondência ao adversário, convocando-o para conciliar ou mediar e, ao mesmo tempo, encaminhando proposta inequívoca de negócio processual, mediante o seguinte alerta, “na hipótese de silêncio,

⁷⁴⁶ Art. 334. [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

⁷⁴⁷ Art. 334. [...] § 4º A audiência não será realizada: II - quando não se admitir a autocomposição.

este deverá ser interpretado com a anuência a proposta de negócio jurídico processual para evitar a audiência de conciliação ou mediação, com base no art. 190 e 334 do CPC”.

O alerta está de acordo com a ideia de cooperação e boa-fé (arts. 5º e 6º do CPC e art 422 do CC), a transação processual antes do processo tem base expressa na lei (CPC, art. 190), a qual admite negócios tácitos (CC, art. 111), e, por fim, a regra processual que exige vontade expressa não se aplica aos negócios realizados antes do processo, mas somente àquele específico do inciso II do § 4º do art. 334 do CPC. Norma que restringe a vontade deve ser interpretada restritivamente.⁷⁴⁸

Com a devida vênia, mesmo que se considerasse que a exigência da concordância de todas as partes para a dispensa do ato fosse norma restrita ao âmbito judicial, ainda assim não haveria qualquer norma autorizando a dispensa da audiência em razão de frustrada tentativa extrajudicial de autocomposição.

Inclusive, a hipótese sugerida por Marcelo Pacheco Machado constava expressamente do inciso IX do art. 34 do PLC 94/2002. Tal dispositivo previa um rol mais amplo de hipóteses em que a mediação incidental não se realizaria⁷⁴⁹. Todavia, o legislador optou por restringir esse rol a apenas duas hipóteses – dupla dispensa ou objeto não transacionável –, não cabendo ao intérprete tentar ampliá-lo.

A exegese realizada por tal autor busca conferir efeito jurídico não previsto em lei para a conduta que foi objeto de regulação legislativa, uma vez que o parágrafo único do art. 21 da Lei n.º 13.140/2015 prevê a rejeição do convite como única consequência jurídica para a omissão em respondê-lo, nos seguintes termos: “O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento”.

Ademais, a interpretação proposta conflita com o próprio art. 111 do Código Civil – que dispõe que: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” –, uma vez que a dispensa da audiência tem que ser manifestada de forma expressa, por

⁷⁴⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. Como escapar a audiência de conciliação ou mediação do novo CPC. **JOTA**. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acesso em 12/07/2016.

⁷⁴⁹ PLC 94/2002 - Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

imposição do art. 334, §2º, I, do CPC/2015 – “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”.

Como já referido anteriormente, o processo deve ser visto como direito fundamental garantidor da liberdade dos indivíduos. Assim, toda vez que as partes transigirem no sentido da não realização de algum ato processual previsto em lei, tal negócio jurídico importa em evidente renúncia a direito, devendo ser interpretado restritivamente, na forma do art. 114 do Código Civil⁷⁵⁰.

A aceitação da exegese formulada por referido autor poderia dar margem a absurdos, pois implicaria a admissão de negócios jurídicos processuais abdicativos tácitos de direitos e poderes. Por exemplo, caso uma parte envie uma carta à outra, propondo que o futuro processo judicial seja decidido em instância única, seria possível se interpretar que o silêncio importaria em renúncia do direito ao recurso? Óbvio que não.

Portanto, no tocante à tentativa extrajudicial frustrada de autocomposição, ela, por si só, não pode representar óbice à não realização da audiência do art. 334 do CPC/2015. A tentativa de autocomposição prévia pode ter sido frustrada pelos mais variados fatores, sendo que alguns deles podem ser restritos apenas à esfera extrajudicial, como a desconfiança em relação ao terceiro indicado pela parte contrária para a realização da conciliação ou da mediação, bem como pelo convite ter sido formulado, de forma inadequada, pelo proponente.

Além de disso, é possível que a mediação extrajudicial – apesar de não ter resultado num acordo – tenha sido exitosa na obtenção do reestabelecimento do diálogo, o que representa uma modificação da espiral do conflito e, por consequência, não autorizaria a dispensa da audiência do art. 334 do CPC/2015.

Aluisio Gonçalves Mendes e Guilherme Kronenberg Hartmann⁷⁵¹ procuram identificar algumas matérias de defesa que deveriam implicar a dispensa ou adiamento da audiência, quais sejam: a ilegitimidade (art. 339 do CPC/2015)⁷⁵², o

⁷⁵⁰ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

⁷⁵¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de Conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 41, n. 253, Mar., p. 163-184, 2016.

⁷⁵² Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. § 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338. § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor

chamamento ao processo (art. 131 do CPC/2015)⁷⁵³, a denunciação da lide (art. 126, CPC/2015)⁷⁵⁴, perempção ou coisa julgada (art. 337, V e VII, do CPC/2015)⁷⁵⁵, ou, ainda, quando já se tenha frustrada a tentativa de autocomposição extrajudicial (arts. 21 a 23 da Lei n.º 13.140/2015).

Todavia, não há como concordar totalmente com as suas conclusões. Nas hipóteses em que se verifica responsabilidade ou corresponsabilidade de terceiro, poder-se-á, no máximo, vislumbrar o adiamento da audiência de conciliação ou de mediação para que o terceiro participe da audiência, mas, jamais, a sua dispensa.

Em relação a questões prejudiciais de mérito, como a perempção e a coisa julgada, essas certamente dificultarão a conciliação e a mediação – apesar de não a inviabilizarem –, em razão de gerarem um desequilíbrio de poder, uma vez que conferem uma vantagem na negociação a quem a prejudicial de mérito favorece. Todavia, a realização da conciliação e da mediação se mostra possível, notadamente nas questões litigiosas continuativas, haja vista que é da própria natureza da sentença determinativa a sua revisão⁷⁵⁶.

Ademais, doutrinariamente, tem-se admitido a possibilidade de autocomposição, após o trânsito em julgado da sentença, inclusive, como forma de obstar a execução do julgado.

É possível haver a autocomposição mesmo quando a questão já tenha sido resolvida por sentença de mérito transitada em julgado. Caso os interessados tenham ciência da sentença transitada em julgado e, ainda assim, resolvam celebrar a transação, esta é válida, podendo, inclusive, ser obstada a execução do julgado, mediante o ajuizamento de impugnação (CPC, art. 525,

pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

⁷⁵³ Art. 131. A citação daqueles que devam figurar em litisconsórcio passivo será requerida pelo réu na contestação e deve ser promovida no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de ficar sem efeito o chamamento. Parágrafo único. Se o chamado residir em outra comarca, seção ou subseção judiciárias, ou em lugar incerto, o prazo será de 2 (dois) meses.

⁷⁵⁴ Art. 126. A citação do denunciado será requerida na petição inicial, se o denunciante for autor, ou na contestação, se o denunciante for réu, devendo ser realizada na forma e nos prazos previstos no art. 131.

⁷⁵⁵ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] V - perempção; [...] VII - coisa julgada;

⁷⁵⁶ Consoante se pode observar, independentemente de como se explique a possibilidade de revisão das sentenças determinativas, há o consenso de que estas fazem coisa julgada material. E, independentemente de qual corrente nos filiamos, parece-me que nada obstará a opção pela mediação, posto que não há como negar o fato de que tais sentenças poderão ser revistas ou, no caso do entendimento de Alexandre Câmara, tratar-se-á de uma nova ação, o que nos faz voltar à regra geral (e, podendo ser revistas, por que não permitir a mediação?). (GONÇALVES, Fabiana Marcello. Mediação Pós-Judicial: um caminho alternativo rumo à pacificação social. **Revista Eletrônica de Direito Processual**: REDP, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20373/14705>> Acesso em 08/06/2016)

§1º, VII; CPC, art. 535, VI). Não é necessária a homologação da autocomposição celebrada após a coisa julgada; a transação superveniente deve simplesmente ser observada, podendo, como dito, obstar a execução do julgado. Será, porém, nula a transação, na hipótese de um dos transatores não saber da existência da coisa julgada ou caso se apure, por título posteriormente descoberto, que nenhum dos transatores tinha direito sobre o seu objeto (Código Civil, art. 850).

Muito embora não seja necessária a homologação da autocomposição após o trânsito em julgado da sentença de mérito, ela é possível. Com efeito, e salvo disposição em contrário, a transação acarreta a extinção da obrigação certificada em sentença, substituindo-a pela estipulada no negócio. [...] ⁷⁵⁷

Data vênua, qualquer interpretação que confira liberdade para o magistrado dispensar subjetivamente a audiência do art. 334 do CPC/2015 – fora das hipóteses expressa e legalmente previstas – deve ser afastada. O juiz somente poderá dispensar a audiência, em razão de uma impossibilidade jurídica de autocomposição, na forma do art. 334, §4º, II, do CPC/2015. A dispensa jamais pode se fundar em uma improbabilidade de êxito do acordo.

Nesse sentido, duas importantes observações devem ser feitas em relação à hipótese de dispensa da audiência, com espeque no art. 334, §4º, II, do CPC/2015. Primeiramente, como regra de exceção que é, deve ser interpretada restritivamente. Em segundo lugar, não se deve confundir indisponibilidade do direito com intransigibilidade. Conforme já referido no princípio da autonomia da vontade, tal distinção veio expressamente consagrada no *caput* do art. 3º da Lei de Mediação, que estabelece que: “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Portanto, a não designação de audiência de conciliação ou mediação será medida excepcional.

Em regra, a audiência será realizada por conciliadores ou mediadores judiciais – salvo nas hipóteses anteriormente referidas – e marcada com intervalo mínimo de 20 minutos entre uma e outra ⁷⁵⁸. Marcelo Abelha Rodrigues ressalta a ausência de correspondência entre o intervalo de tempo, estabelecido em lei, para a realização das audiências de conciliação e mediação e o tempo de duração dessas.

[...] É preciso registrar que foi absolutamente desnecessária a regra do Código contida no §12 do artigo 334, de que a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte, pois o

⁷⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. vol. 287. Jan., p. 531-552, 2019.

⁷⁵⁸ Art. 334. [...] § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

tempo de cada uma delas irá depender de uma série de fatores (cultura das partes, importância do litígio nas suas vidas, grau de insatisfação um com o outro, etc.) que fogem a uma previsão abstrata tão fria como aquela feita pelo legislador⁷⁵⁹.

Nesse mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado n.º 583, com o seguinte teor: “O intervalo mínimo entre as audiências de mediação ou de conciliação não se confunde com o tempo de duração da sessão”.

De fato, uma série de fatores influenciará no tempo de duração da audiência. Assim, o §12º do art. 334 do CPC/2015 deve ser interpretado no sentido de que não foi a intenção do legislador limitar em 20 minutos a duração da audiência, mas apenas estimular um ambiente mais propício à autocomposição.

Na verdade, o intervalo mínimo entre as audiências tem por escopo atender uma necessidade específica da autocomposição, qual seja: a criação de um ambiente favorável ao acordo.

A autocomposição busca a obtenção de uma solução reputada justa, haja vista que construída pelas próprias partes, como fruto da autonomia da vontade. Trata-se de método emancipador do indivíduo, que, para atingir total sucesso, deve fazer os partícipes se sentirem valorizados e aptos à busca consensual da resolução do conflito.

Nesse sentido, salta aos olhos que marcar várias audiências no mesmo horário – como é feito em vários juízos –, infligindo às partes um demasiado tempo de espera pelo início da audiência, atrapalharia o próprio ato a ser praticado.

O próprio Poder Judiciário criaria um ambiente inóspito para a autocomposição, pois os indivíduos já iniciariam o ato judicial irritados, em decorrência da fome, da sede, da sensação de tempo perdido que lhes foi imposta. Nesse sentido, Emilio Myra y Lopes indica que a ira é um dos quatro gigantes da alma⁷⁶⁰, razão pela qual essa não pode ser desconsiderada, nem tampouco estimulada pelo próprio Poder Público.

Portanto, o §12º do art. 334 não pode ser interpretado como o tempo de duração da audiência, e, sim, como o tempo razoável, estabelecido pelo legislador, para evitar excessivos atrasos que atentem contra a própria natureza do ato.

⁷⁵⁹ RODRIGUES. **Manual de Direito Processual Civil**. 2016. p. 489

⁷⁶⁰ MYRA Y LOPES, Emilio. **Os quatro gigantes da alma**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992. p. 111-174.

O CPC/2015 autoriza, caso necessário, a realização de mais de uma sessão destinada à autocomposição, não podendo exceder a 2 meses da data da realização da primeira sessão⁷⁶¹. Tal prazo foi regulado de forma distinta pelo art. 28 da Lei de Mediação, o qual estabeleceu o prazo de 60 dias – e não de 2 meses.

A diferença de regulamentação não pode passar despercebida, pois tais prazos não se confundem, uma vez que o art. 219 do CPC/2015 estabelece que: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis”. Desse modo, salta aos olhos que o prazo de 60 dias é muito superior ao prazo de 2 meses, visto que aquele é contado em dias úteis, enquanto este último, não.

Para resolver essa celeuma, deve-se observar que a Lei de Mediação somente pode ser aplicada à conciliação, quando essa não possuir regramento específico. Desse modo, surge uma dicotomia em que ambas as regras coexistem, com âmbitos de aplicação distintos. Pelo critério de especialidade, a conciliação deverá observar o prazo de 2 meses de duração, contido no art. 334, §2º, do CPC/2015, enquanto a mediação deverá observar o prazo de 60 dias úteis de duração, na forma do art. 28 da Lei n.º 11.340/2015, cumulado com o art. 219 do CPC/2015, em razão de a Lei de Mediação ser norma posterior.

A parte final do art. 28 da Lei 11.340/2015 ainda prevê a possibilidade de as partes requererem a prorrogação do prazo de duração do procedimento de mediação, sendo certo que tal prorrogação se mostra possível tanto na mediação, como na conciliação. Isso, porque os artigos 28 da Lei de Mediação e 334, §2º, do CPC/2015 parecem se direcionar mais aos órgãos do Poder Judiciário do que às partes, haja vista que o objetivo das normas é o de evitar redesignações e continuações de audiência do art. 334 indefinidamente e sem prazo para a conclusão. Tal inferência pode ser obtida através da constatação de que as partes somente estão obrigadas a comparecer na primeira sessão. Todas as demais sessões – antes ou depois do prazo de 60 dias ou de meses – somente podem ser marcadas com a concordância de todas as partes, na forma do § 2º do art. 2º da Lei de Mediação, o qual estabelece que: “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

⁷⁶¹ Art. 334. [...] § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

Por fim, no tocante à audiência de mediação ou de conciliação, os §§9⁷⁶² e 10⁷⁶³ do art. 334 do CPC/2015 estabelecem a presença obrigatória do advogado ou defensor público, haja vista que as partes devem estar acompanhadas deles ou outorgar-lhes procuração com poderes específicos para negociar e transigir. Acerca do dispositivo, Daniel Colnago Rodrigues ressalta a valorização do papel do patrono das partes.

Entende o CPC/2015 que, sem a presença dos respectivos causídicos, não seria possível desenvolver adequadamente a audiência conciliatória. Afinal, além da função de observar toda a regularidade do ato (como a imparcialidade do mediador ou do conciliador), realizado em tese sem a presença do juiz, os advogados têm o dever de indicar às partes eventuais vantagens (ou desvantagens) da homologação do acordo, de formular propostas prévias consonantes com a melhor aplicação do direito no caso concreto (sem abusividades, sem transações desnecessárias etc.), e de dispor às partes uma real visão prognóstica dos efeitos práticos e jurídicos decorrentes de eventual êxito da mediação ou conciliação. O advogado, cuja presença entende a lei ser indispensável, também deve zelar pela fidelidade do termo de acordo com as intenções e com as propostas aceitas pelas partes.⁷⁶⁴

A partir da lição acima, verifica-se o papel fundamental que os causídicos desempenham na conciliação e na mediação, como verdadeiros expoentes do Princípio da Decisão Informada⁷⁶⁵.

Ultrapassada a audiência de conciliação ou mediação, o CPC/2015 valorizou o autorregramento da vontade das partes no tocante à produção de provas e tramitação do processo, pois inseriu – dentre as possibilidades de saneamento do processo⁷⁶⁶ – a alternativa de marcação de audiência para que se proceda ao saneamento compartilhado (art. 357, §3º, do CPC/2015).

Mais bem organizado o processo, com a delimitação tão precisa quanto possível do cerne da controvérsia, evitam-se provas inúteis ou desnecessárias, aumenta-se a chance de autocomposição e diminuem as

⁷⁶² Art. 334. [...] §9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

⁷⁶³ Art. 334. [...] §10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

⁷⁶⁴ RODRIGUES, Daniel Colnago. Comentários ao art. 334 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 536.

⁷⁶⁵ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁷⁶⁶ Podemos identificar 3 formas de saneamento do processo: 1) Saneamento por decisão do magistrado (art. 357, caput, do CPC/2015); Saneamento por convenção das partes (art. 357, §2º, do CPC/2015); (art. 357, caput, do CPC/2015); Saneamento compartilhado (art. 357, §3º, do CPC/2015).

possibilidade de interposição de recurso fundado em equívoco na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório – como a organização foi produzida plurilateralmente, em diálogo não será possível alegação posterior de equívoco, se a decisão se basear no que foi acordado. [...] ⁷⁶⁷

Cumpra-se distinguir o “saneamento por convenção das partes” do “saneamento compartilhado”, haja vista que – apesar de ambos serem desdobramento do autorregramento das partes – o último tem natureza de negócio jurídico plurilateral, de modo que o magistrado integra a convenção processual. Por outro lado, o primeiro se apresenta como negócio jurídico bilateral, tendo-se em vista que o magistrado desempenha apenas uma atividade homologatória, na forma do §1º do art. 357 do CPC/2015.

A audiência de saneamento tem fundamento no §3º do art. 357 do CPC/2015, o qual dispõe que: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Para uma correta exegese do dispositivo, não se pode interpretar a complexidade da matéria de fato ou de direito como requisito autorizativo do saneamento compartilhado. Este deve ser reputado obrigatório quando a matéria for efetivamente complexa, mas também pode ser utilizado quando a matéria não for revestida de complexidade, nos termos do Enunciado n.º 298 do FPPC – *in verbis*: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa” – e do Enunciado n.º 299 do FPPC, cujo teor é o seguinte: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

A autocomposição – ao fim da audiência de conciliação ou mediação⁷⁶⁸ ou em momento posterior – pode envolver terceiros estranhos ao processo, bem como tratar

⁷⁶⁷ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 2016. p. 775.

⁷⁶⁸ Art. 334. [...] § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

de relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo⁷⁶⁹ e, uma vez homologada por sentença, corporificará título executivo judicial⁷⁷⁰.

Em regra, a sentença homologatória de autocomposição resolverá o mérito⁷⁷¹ e – após o trânsito em julgado – fará coisa julgada⁷⁷². Tal circunstância somente não ocorrerá quando a autocomposição se manifestar através da desistência, visto que, nessa hipótese, não há resolução do mérito⁷⁷³.

O CPC/2015 mantém a sistemática anterior de fixação de honorários com base no binômio “limite quantitativo” e “elementos objetivos”⁷⁷⁴. Entretanto, aquele impõe que o processo seja mais custoso para a parte que adota postura litigiosa, através do retardo da estabilização da decisão ou da sua satisfação – §1º do art. 85 do CPC/2015⁷⁷⁵.

O art. 90 do CPC/2015 consagra regras específicas para a autocomposição relativas às despesas processuais e aos honorários advocatícios. Assim, quando a autocomposição tiver sido unilateral, as despesas e honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu o pedido, na proporção da parcela do mérito que foi reconhecida ou abdicada⁷⁷⁶.

⁷⁶⁹ Art. 515. [...]§ 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

⁷⁷⁰ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

⁷⁷¹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

⁷⁷² Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

⁷⁷³ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VIII - homologar a desistência da ação;

⁷⁷⁴ Na verdade, o que se percebe da codificação de 2015, na verdade, é a busca de refinamento mais técnico para fixação de dos honorários, com a veiculação de regras especiais para alguns casos (como é o caso da Fazenda Pública – 3º do artigo 85 – que possui limites quantitativos específicos). Contudo, a leitura atenta do CPC/15 indica permanência do sistema adotado pela codificação revogada, que trabalha com o binômio limite quantitativo + elementos objetivos (para o enchimento qualitativo. Sem rebuços, §2º do art. 85 não só mantém o piso de 10% e teto de 20% dos honorários, como também dispõe que a variação da fixação entre tal margem quantitativa deverá ser preenchida por elementos objetivos semelhantes aos que poderia extrair do CPC/73 (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço). (MAZZEI, Rodrigo. Honorários de advogado judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. p. 19-34, 2015.)

⁷⁷⁵ Art. 85. [...] §1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

⁷⁷⁶ Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. § 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu.

Tal diploma enuncia, ainda, no §2º do seu art. 90, que: “Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente”. A correta exegese desse dispositivo deve importar na leitura do termo “transação” como “autocomposição bilateral”, pois esta é gênero do qual aquela é espécie, e não há justificativa para tratar situações idênticas de forma desigual.

Conforme já referido, a transação é contrato típico que tem por objeto direitos patrimoniais, de caráter privado, em que os contratantes previnem ou põem termo ao litígio mediante concessões mútuas, segundo a dicção dos artigos 840⁷⁷⁷ e 841⁷⁷⁸ do Código Civil. A transação pode derivar de uma negociação, mediação ou conciliação, mas nem todo ato autocompositivo resultará em uma transação, dado que nem sempre o acordo importará em concessões mútuas ou versará sobre direitos patrimoniais.

Os §§3º e 4º do art. 90⁷⁷⁹ inseriram interessantes inovações voltadas a estimular a autocomposição. A primeira diz respeito à dispensa das custas remanescentes, caso a autocomposição ocorra antes da sentença. A segunda estabelece a redução, pela metade, dos honorários advocatícios em caso de reconhecimento da procedência do pedido e simultânea satisfação da prestação. Segundo Alexandre Freire e Leonardo Marques, “[...] é de se estender a aplicação de tal dispositivo ao reconhecimento implícito do pedido quando acompanhado pelo cumprimento inequívoco da obrigação”⁷⁸⁰.

Esta última hipótese é digna de atenção, para que não se tenha o efeito inverso ao almejado pelo legislador. Isso, porquanto a redução dos honorários pela metade poderia fazer com que os advogados se empenhassem em não estimular a busca da solução consensual, em razão da expressiva perda de verba alimentar. Para que tal problema não ocorra, os advogados devem estabelecer, em seus contratos, a forma de sua remuneração em caso de término do processo de forma consensual, na forma

⁷⁷⁷ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

⁷⁷⁸ Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

⁷⁷⁹ Art. 90. [...] § 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver. § 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

⁷⁸⁰ FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentários ao Art. 90 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 160.

da Resolução n.º 02/2015, do Conselho Federal da OAB, que instituiu um novo de Código Ética e Disciplina:

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito. § 1º O contrato de prestação de serviços de advocacia não exige forma especial, devendo estabelecer, porém, com clareza e precisão, o seu objeto, os honorários ajustados, a forma de pagamento, a extensão do patrocínio, esclarecendo se este abrangerá todos os atos do processo ou limitar-se-á a determinado grau de jurisdição, além de dispor sobre a hipótese de a causa encerrar-se mediante transação ou acordo. [...] § 4º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos. § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial. [...]

Por todo o exposto, resta claro que o CPC/2015 dispõe de aparato técnico para a superação do dogma dos operadores do direito que compreendem a função de conciliar como menos nobre do que a de julgar⁷⁸¹ e que “[...] Há de vencer quem tiver razão, ou quem puder persuadir o julgador de que tem razão. [...]”⁷⁸². A solução consensual, além de ser vista com maior legitimidade pelas partes, oportuniza ganhos mútuos e previne o surgimento de conflitos futuros.

6.3.2. O módulo de autocomposição do procedimento das ações de família

A primeira questão que se coloca é delimitar o âmbito de aplicação dos procedimentos das ações de família, uma vez que o art. 693 do CPC/2015 estabelece que: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”. Segundo o Enunciado n.º 72 do FPPC: “O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família”. Entretanto, os processos de jurisdição voluntária, os de alimentos e os de interesses de crianças e adolescentes não se

⁷⁸¹ WATANABE. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 684-690.

⁷⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. **Revista de Processo**, vol. 112, Out./Dez., p. 177-185, 2003.

submetem ao procedimento do Código, mas às normas procedimentais que lhes são correlatas (Lei n.º 5.478/1968 e Lei n.º 8.069/1990)⁷⁸³.

Os artigos 693 a 699 estabelecem um procedimento especial revestido de técnicas especiais, em comparação com o procedimento comum. Tais técnicas são utilizadas até a última sessão de mediação, e, caso não obtido o acordo nessa, o procedimento passa a ser regido pelo rito comum⁷⁸⁴.

Os procedimentos de família apresentam uma especial preocupação com a obtenção de uma solução consensual do conflito, tanto que o art. 694 estabelece que: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Contudo, empreender todos os esforços não pode ser confundido com coagir os mediandos, de qualquer forma, a celebrar um acordo, razão por que o Enunciado n.º 187 do FPPC dispõe que: “No emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa”.

Como já referido, a submissão à mediação, nos procedimentos de família, é obrigatória, em razão de não comportar as exceções do procedimento comum do art. 334, §4º, I e II, do CPC/2015 – dupla concordância com a não realização da tentativa de solução consensual e quando não for admissível a autocomposição.

Nesse sentido, cumpre se salientar que não há qualquer dispositivo explicitando que a mediação é obrigatória nos procedimentos de família. Tal conclusão pode ser extraída da constatação de que o art. 695, *caput*, do CPC/2015 repete a regra geral do procedimento comum, prevista no *caput* do art. 334, sem, todavia, repetir as exceções constantes do §4º desse artigo. Desse modo, se não há regra autorizando a dispensa da sessão de mediação nos procedimentos de família, a única conclusão a que se pode chegar é a de que ela é obrigatória⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Art. 693. [...] Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

⁷⁸⁴ Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

⁷⁸⁵ CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Comentários ao art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1005. / VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo. **Revista de Arbitragem e Mediação**: RArb, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set. 2015. p. 197-208.

Outra técnica especial dos procedimentos de família diz respeito à regra inserta no §1º do art. 695 do CPC/2015, a qual estabelece que: “O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo”.

Tal dispositivo tem sido alvo de crítica por parte da doutrina, que enxerga regra eivada de inconstitucionalidade e contrária às regras mais basilares do processo. Nesse sentido, convém se trazer à colação o escólio de Zulmar Duarte de Oliveira Junior.

“[...] infelizmente a parte final do §1º do art. 695 do Novo CPC, independentemente dos nobres desígnios que animaram-a, pode ser predicada como inconstitucional, tanto por ofender a exigência da publicidade, quanto o contraditório, como ainda a liberdade ínsita à conciliação/mediação”⁷⁸⁶.

Com a devida vênia, tal conclusão se mostra equivocada, pois parte de premissas falhas. Em primeiro lugar, não há qualquer violação à publicidade, porquanto a parte final do dispositivo expressamente determina que é assegurado ao réu o direito de examinar o conteúdo do processo a qualquer tempo.

O dispositivo não estabelece qualquer regra de sigilo e apenas prescreve que a cópia da petição inicial não acompanhará o mandado, com o exclusivo escopo de não contaminar o ânimo da parte ré, com um possível excesso de retórica por parte do patrono da parte autora.

Ademais, o uso do vernáculo jurídico pode causar estranheza e equívocos interpretativos em pessoas leigas, que, ao tomarem conhecimento do que está escrito na exordial, podem sofrer ou se insuflar contra determinado fundamento ou pedido que, não raras vezes, sequer representa o real desejo da parte autora.

A título de exemplo, uma situação corriqueira visualizada no cotidiano forense se dá quando, por ocasião da dissolução de um matrimônio de um casal com filhos e patrimônio a partilhar, o cônjuge varão sai do imóvel onde residia com sua família, deixando a cônjuge virago com a guarda de fato dos filhos. Ato contínuo, o cônjuge

⁷⁸⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. A contrafé nas “ações de família”: inconstitucionalidade do art. 695, §1º, do Novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 547

varão ajuíza ação de divórcio, postulando a partilha e alienação do único imóvel residencial e de um carro.

Como se pode perceber, a questão é ampla, porque envolve o estado civil do casal, o direito da personalidade relativo ao uso do nome familiar, a partilha de bens, a guarda, a visitação e alimentos de filhos.

Pode ser que, desde o início, o cônjuge varão tivesse a intenção de que o imóvel fosse doado pelo casal em favor do filho comum, instituindo um usufruto em favor do cônjuge virago. Todavia, por tais opções serem ato de liberalidade, não seria possível formular pedido direcionado ao juiz com esse teor. O único pedido que necessariamente virá formulado na petição é o de partilha do imóvel.

É comum que, ao se deparar com esse pedido, o cônjuge virago – por desconhecimento jurídico das razões que motivaram o causídico do cônjuge virago a formular tal pedido – expresse um sentimento de revolta por acreditar que seu ex-marido tenha a intenção de desalojá-la de seu lar, junto com o filho comum. Esse sentimento pode ser alimentado por dias ou meses, até que a questão seja solucionada ou esclarecida, prejudicando a criação de um ambiente favorável à autocomposição.

Existe uma carga emocional diferenciada nas relações de família que não pode ser desconsiderada e justifica a regra especial, como forma de evitar o acirramento dos ânimos.

Outra premissa equivocada de quem reputa o §1º do art. 695 do CPC/2015 inconstitucional é a de que o dispositivo violaria o contraditório e a autodeterminação das partes, por não oportunizar o conhecimento prévio acerca do conteúdo da petição inicial, que, além de representar o objeto sobre o qual haverá de ser exercida a autodeterminação, também seria a base de trabalho do mediador.

Tal ideia parte de alguns equívocos. Em primeiro lugar, o art. 695, §4º, é taxativo ao determinar a presença de advogados ou de defensores públicos para acompanhar os mediandos⁷⁸⁷. Aqueles têm o papel de orientar estes acerca de seus direitos, dos possíveis ganhos e perdas, bem como sobre as vantagens da autocomposição, sendo certo que estes (os mediandos) têm acesso franqueado aos autos, em decorrência do disposto no §1º do art. 695 do CPC/2015, *in fine*.

⁷⁸⁷ Art. 695. [...] § 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Não há ato secreto ou sigiloso. O que se quer evitar é que a parte seja influenciada nas suas decisões pela petição inicial, que somente ganhará alguma relevância na hipótese de as partes não obterem uma solução consensual. A decisão informada deve ser tomada com o auxílio de profissional de sua confiança, mais acostumado com as técnicas, práticas e expressões do meio jurídico.

Ademais, a petição inicial, sob hipótese alguma, apresenta-se como o instrumento que guiará a mediação, uma vez que ela consubstancia apenas posições – que, como já demonstrado, nem sempre refletem a real posição.

A mediação almeja exatamente o abandono das posições para que se possa focar nos interesses, e tal intento somente pode ser atingido através da realização de uma escuta ativa. Assim, a fala dos mediandos tem muito mais relevância para o procedimento de mediação do que a petição inicial, pois não apenas revela os interesses em jogo, como é indispensável para a criação de opções que sejam viáveis para eventual acordo.

Assim, a ideia de que a técnica é ofensiva ao contraditório se mostra equivocada, porque o objeto da mediação (interesses) não se confunde com o objeto de sentença adjudicada (decidida a partir das posições postuladas), de modo que o contraditório restará preservado se observados os princípios da oralidade, da decisão informada e da isonomia (balanceamento) – os quais mantêm correlação com a tríade núcleo do contraditório efetivo⁷⁸⁸. Este tem apenas o objetivo de criar um ambiente de segurança, confiança e imparcialidade, voltado à construção de uma solução que represente ganhos para todos os mediandos⁷⁸⁹.

Como já referido, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, não se pode confundir o conceito de “questão” com o de “questão controvertida”⁷⁹⁰. O contraditório deixa de ser um instrumento de luta⁷⁹¹ e se transforma em um instrumento operacional do juízo – do juiz e de seus auxiliares, *v.g.*, o mediador e o conciliador – e, desse modo, um pressuposto da própria formação da decisão de mérito.

⁷⁸⁸ SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.488.

⁷⁸⁹ ALMEIDA. **Caixa de ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. 2014. E-book.

⁷⁹⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto procesuale**. 8ª ed. Pádua: CEDAM, 1996. pg. 88-89.

⁷⁹¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 142-143.

Portanto, não há combate a ser travado. Os fatos, interesses e propostas discutidos, durante a sessão de mediação, em princípio, não serão levados ao conhecimento do julgador sem a dupla concordância em excepcionar a confidencialidade, de modo que o ato não influirá em eventual julgamento do processo. O único possível prejuízo decorrente da sessão de mediação é a não obtenção da solução consensual, que é exatamente o que a regra do §1º art. 695 busca evitar.

Por fim, a última técnica especial voltada à autocomposição nas ações de família diz respeito ao conteúdo do art. 696, *in verbis*: “A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito”.

Tal dispositivo objetiva excepcionar a regra do art. 334, §2º, do CPC/2015⁷⁹², que limita a mediação a 2 meses – contados da primeira sessão –, pois, caso assim não fosse, não se poderia visualizar qualquer utilidade ao art. 696.

6.3.3. O módulo de autocomposição do procedimento das ações possessórias multitudinárias

Especificamente no que concerne à autocomposição, o CPC/2015 introduziu uma nova técnica nos procedimentos das ações possessórias coletivas. Tal técnica se consubstancia na determinação de o juiz designar audiência de mediação, quando o esbulho ou a turbação ocorrer há mais de ano e dia, ou, quando concedida a liminar, esta não for executada no prazo de 1 ano, na forma do art. 565, *caput* e §1º.⁷⁹³

O Código revogado não possuía dispositivo semelhante. Segundo Brunela Vieira de Vincenzi e Fernanda Pompermayer Almeida de Oliveira, tal omissão se devia ao contexto histórico em que foi editado.

⁷⁹² Art. 334. [...] § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

⁷⁹³ Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. § 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

Vale ressaltar que o contexto de criação do CPC em vigor não contempla a figura das ações possessórias coletivas. Isso ocorre devido a dois fatores: (i) vivia-se em uma ditadura civil-militar quando da sua elaboração; e (ii) vigia na época uma ideologia liberal, contra o bloco soviético, em quase todas as sociedades ocidentais. Priorizava-se, no período, a propriedade privada em detrimento dos direitos e interesses sociais e coletivos. Assim, somente com a Constituição Federal de 1988 erigiu-se a função social da propriedade ao patamar de garantia fundamental, abarcando diversos direitos coletivos, como os trabalhistas e o à tutela ambiental.⁷⁹⁴

Todavia, uma observação se faz necessária. Segundo Rodrigo Mazzei, em que pese o CPC/1973 tenha nascido em regime ditatorial, a sua gênese remonta a período anterior, pois, logo no início da década de 60 – ainda no governo Jânio Quadros/João Goulart –, Alfredo Buzaid foi convidado para elaborar o anteprojeto do novo código de processo civil. Entretanto, esse anteprojeto somente foi apresentado ao Congresso Nacional em 1972, com evidentes alterações de texto em relação a sua redação original⁷⁹⁵.

Tal contexto histórico também repercutiu na tentativa de substituição do Código Civil de 1916. O período conturbado no país, a partir de 1963/1964, pôs fim ao trabalho realizado pelos juristas Orlando Gomes, Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira – sob a relatoria do primeiro –, voltado à elaboração de um projeto de novo código civil⁷⁹⁶.

Esse labor – apresentado em 1965 – contava com dispositivos que possuíam ênfase social⁷⁹⁷ e conteúdo muito avançado para o padrão social da época⁷⁹⁸, razão pela qual restou descartado.

Passado algum tempo, em 1967, nova tentativa de elaboração de um novo anteprojeto de código civil foi iniciada, sob a coordenação do professor Miguel Reale. A Comissão concluiu o anteprojeto em 1972, mas ele somente foi encaminhado ao

⁷⁹⁴ VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida. Estamos Indo em Direção à Função Social da Posse? Análise das Inovações para Julgamento de Conflitos Possessórios Coletivos no Novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 381

⁷⁹⁵ MAZZEI. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016, p. 189-192.

⁷⁹⁶ MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação - Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. XLIV

⁷⁹⁷ MAZZEI. Apresentação - Notas iniciais à leitura do novo código civil. 2005, p. XLIV.

⁷⁹⁸ MAZZEI. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2016, p. 192.

Senado em 1984, sem que tivesse segmento, em razão do contexto, que envolvia a criação de uma nova Carta Política. Com a edição da Constituição Federal de 1988, novas discussões acerca da superação da oposição entre Direito Público e Privado e da instituição de um Direito Civil Constitucional influíram no anteprojeto, que veio a ser editado com uma mudança de paradigma baseada na adoção de conceitos legais abertos⁷⁹⁹.

Tal contextualização temporal – do Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 1973 – é fundamental para a correta compreensão do tratamento das ações possessórias do CPC/2015. Com a edição do novo CPC, segmento da doutrina passou a criticar a reprodução da fórmula “posse nova” e “posse velha” – que não foi contemplada pelo Código Civil –, por se apresentar como instrumento obsoleto⁸⁰⁰, em razão de poder conflitar com as disposições constitucionais das quais decorrem a função social da posse. Esta já não pode mais ser vista como um apêndice da propriedade e nem sob um aspecto exclusivamente patrimonial⁸⁰¹. Eduardo Cambi e Eduardo de Lima Galduróz ilustram bem tal posicionamento.

É evidente que, havendo ocupação de uma propriedade rural produtiva, um estabelecimento comercial devidamente explorado ou, ainda, um imóvel residencial efetivamente utilizado para fins de moradia, pode-se entrever no esbulho e na turbação, por violadores do regular exercício do direito de propriedade, atos que efetivamente devam ser repelidos pelo ordenamento, por serem todos inconstitucionais.

A situação se altera quando de ocupação pacífica de imóvel urbano há anos abandonado, sem qualquer tipo de uso, destinado à especulação imobiliária – expressamente vedada pelo art. 2º, inciso VI e alíneas, da Lei n.º 10.257/01 – por famílias inseridas nas estatísticas de déficit habitacional e que passam a explorar o bem de acordo com sua função social.

Nessas hipóteses, a ocupação de imóveis ociosos não implicará consequências deletérias imediatas à sociedade, pois era a exploração abusiva do bem que, nos termos da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, estava por trazer um dano social maior que o ocasionado pelo esbulho ou pela turbação.

⁷⁹⁹ MAZZEI. Apresentação - Notas iniciais à leitura do novo código civil. 2005, p. XLVI e XLVII.

⁸⁰⁰ “Em que pese as melhorias trazidas, é lastimável que o Novo Código de Processo Civil tenha restringido a possibilidade de mediação pacífica somente aos casos de posse velha (aquela com duração de um ano e um dia). Importante ressaltar, que a diferenciação entre posse nova e posse velha é instrumento legislativo arcaico, pois desconsidera o dinamismo das relações sociais hodiernas. O Código Civil de 2002 não traz essa classificação e o novo CPC equivoca-se ao adotá-la. Com essa simplificação temporal ignora-se que os problemas derivados da falta de acesso à terra na zona rural e à propriedade urbana possuem a mesma complexidade independentemente do tempo de posse.” (VINCENZI; OLIVEIRA. Estamos Indo em Direção à Função Social da Posse? Análise das Inovações para Julgamento de Conflitos Possessórios Coletivos no Novo CPC. 2016, p. 384.

⁸⁰¹ Em verdade, tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº 26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 40)

A concessão automática e acrítica de reintegração de posse, despida de esforços para aos menos tentar perquirir as razões, forma e desdobramentos da ocupação, de modo a dialogar com os movimentos sociais em lugar de criminalizá-los, agrava a situação conflituosa, por submeter pessoas em posições de vulnerabilidade às ações muitas vezes violentas da polícia, e, de um momento para outro, desalojar dezenas – quando não centenas ou milhares – de famílias que não terão alternativa viável de moradia, transfere-se o déficit habitacional – e todas demais consequências sociais e estruturais negativas – a outro local, sem qualquer lenitivo para o problema, para tutelar um direito à posse que sequer era exercido de acordo com os mandamentos constitucionais.⁸⁰²

De fato, o cumprimento das liminares nos litígios coletivos de forma acrítica deve ser objeto de reflexão, tanto que, na redação original do projeto do novo CPC, a mediação instituída no art. 565 se voltava para as ações de “posse nova”, assim como o restante dos dispositivos voltados à tutela possessória. Uma modificação advinda da Câmara dos Deputados – ainda durante a tramitação do projeto – modificou o dispositivo, para que ele versasse sobre os conflitos coletivos de “posse velha”⁸⁰³.

Essa modificação acarretou dificuldades interpretativas, visto que o dispositivo, em sua redação original, buscava excepcionar a regra especial das ações de posse nova, segundo a qual a liminar possessória deveria ser deferida sem a oitiva da parte contrária e sem audiência de mediação, haja vista que, nas ações de posse velha – individuais ou coletivas –, a mediação já fazia parte do procedimento, por força do art. 334 do CPC/2015⁸⁰⁴.

⁸⁰² CAMBI, Eduardo; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. Função Social da Posse e Ações Possessórias (Releitura do Art. 927, Inc. I, do CPC-1973 e Perspectiva de Interpretação para o Artigo 561, Inc. I, do NCP. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC Doutrina selecionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 407

⁸⁰³ “Na proposta original do dispositivo no novo Código de Processo Civil, a previsão de audiência de mediação era para as ações de força nova, de modo a evitar maiores conflitos em ações possessórias de grande amplitude. No entanto, o texto foi alterado Câmara dos Deputados, de modo que a previsão legal passou a ser para as ações de força velha. Ou seja: o objetivo da proposta de inclusão da regra para disciplinar a fase inicial das ações possessórias de força nova que se referissem às invasões coletivas, e nas quais houvesse requerimento de concessão de liminar, foi desnaturado com as modificações de redação levadas a efeito na Câmara dos Deputados. A designação de audiência de mediação para evitar tumultos e acirramento dos ânimos, nos casos de invasões coletivas, bem como coibir riscos à vida e à integridade física dos ocupantes e outras pessoas envolvidas, quando do cumprimento da liminar de reintegração ou manutenção de posse, deixou de ter tais justificativas na versão final do texto, da forma como foi aprovado.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Proteção Possessória no Novo Código de Processo Civil: notas à luz da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**, vol. 249, Nov., p. 347-375, 2015)

⁸⁰⁴ “Neste sentir, a alusão à necessidade de designação de uma audiência de mediação prévia acaba por ser desnecessária e redundante, já que tal audiência, nas ações de rito comum (e ação de força nova é rito comum), decorre do art. 334 do NCP, ou seja, independentemente do disposto no caput do art. 565 do NCP, as ações de força velha ajuizadas em face de invasões coletivas com pedido de liminar necessariamente contariam com a audiência de mediação prévia *ex vi* do art. 334 do NCP.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva;

Malgrado seja indispensável não se descuidar dos possíveis efeitos nefastos que o cumprimento de uma liminar em um conflito possessório coletivo possa causar, não se pode aceitar como obsoleta a divisão entre “posse nova” e “posse velha”.

Tal dicotomia apresenta relevância para a tutela possessória e somente deixou de ser agasalhada pelo Código Civil de 2002 em razão de ser desnecessária.

O Código Civil de 1916 trazia a distinção entre “posse nova” e “posse velha” em dispositivos com evidente natureza bifronte⁸⁰⁵ – como os artigos 507, 508 e 523⁸⁰⁶ –, visto que, por ocasião de sua edição, a competência para legislar sobre direito processual era conferida aos Estados, por força da Constituição Federal de 1891. Desse modo, a disciplina processual se encontrava dispersa em códigos de processo civil estaduais e no Regulamento nº 737 – aplicável nos Estados que não dispunham de codificação própria⁸⁰⁷.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 931)

⁸⁰⁵ “A expressão “norma heterotópica” é uma combinação do grego héteros, que transmite a ideia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego topikòs, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (héteros) lugar (topikòs). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado. Todavia, nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Neste tipo de norma o deslocamento não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas bifrontes (aproveitamos aqui a expressão - *bifronte* - já trazida em estudo de Enrico Tullio Liebman ao examinar as normas processuais contidas no Código Civil italiano de 1942 - *Norma processuali nel codice civile. In Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano Editores, 1962, p. 158). No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada, sendo boa parte das normas com efeito processual de natureza bifronte, isto é, geram resultados a serem observados em processo judicial, apesar de manter no seu átomo também regulações de direito material.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o (“dispensável”) art. 232 do Código Civil. In: DIIDER JÚNIOR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coords.). **Prova, exame médico e presunção:** o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.

⁸⁰⁶ Art. 507. Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que não tiverem melhor posse. Parágrafo único. Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será seqüestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque./ Art. 508. Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários. / Art. 523. As ações de manutenção, e as de esbulho serão sumarias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, com tudo, o caráter possessório. Parágrafo único. O prazo de ano e dia não corre enquanto o possuidor defende a posse, restabelecendo a situação de fato anterior a turbação, ou ao esbulho.

⁸⁰⁷ MAZZEI. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2015. p. 184-185.

Portanto, a consagração de regras bifrontes no bojo do Código Civil de 1916 foi a forma que o legislador encontrou para conferir tratamento uniforme, em âmbito nacional, à tutela possessória.

Posteriormente, a distinção entre “posse nova” e “posse velha” veio a ser consagrada no CPC de 1939⁸⁰⁸ e no CPC de 1973⁸⁰⁹, o que veio a tornar desnecessária a sua repetição no Código Civil de 2002.

Diz-se que a reprodução é desnecessária, porque, apesar de o prazo de ano e dia possuir natureza material⁸¹⁰, este consubstancia prazo decadencial afeto ao direito potestativo de se utilizar a ação com procedimento especial. Ultrapassado esse prazo, não há perda do direito material discutido – que pode ser debatido através de ação com trâmite pelo procedimento comum –, mas apenas a perda do direito à ação especial.

Nesse sentido, cumpre se observar que a técnica especial de tutela possessória tem por escopo assegurar uma maior proteção àquela posse já consolidada, através de um critério temporal objetivo. Em vista disso, a posse recém-esbulhada ou turbada tem assegurada, em seu favor, uma tutela provisória que dispensa a demonstração do *periculum in mora*⁸¹¹.

Por outro lado, a posse que já é exercida há mais de ano e dia não pode ter deferida contra si essa mesma tutela. Ao autor esbulhado há mais de ano e dia não é

⁸⁰⁸ Art. 371. Si a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o autor poderá requerer mandado de manutenção ou de reintegração *initio litis*, provando, desde logo: I – a sua posse; II – a turbação ou violência praticada pelo réu; III – a data da turbação ou violência; IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, e a perda da posse, na ação de reintegração.

⁸⁰⁹ Art. 924. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório / Art. 927. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

⁸¹⁰ GOUVEIA FILHO, Roberto P.; COSTA FILHO; Venceslau Tavares. Comentários ao Art. 565 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 811.

⁸¹¹ “Efetivamente, na ação possessória este pressuposto não está presente e muito menos a *mens legis* exige sua comprovação. Na ação possessória, portanto, a liminar é concedida visando manter a situação das partes em relação à coisa objeto da ação, ou mais precisamente, manter o *status quo* na ação de manutenção e no interdito proibitório e recuperar o *status quo* na ação de reintegração. A finalidade precípua da liminar na querela possessória é a garantia da ordem social, funcionando como uma reação imediata a qualquer espécie de atentado contra a posse, que representa, sempre, uma violação ao direito de convivência. [...] A liminar é concedida sem a necessidade da demonstração do *periculum in mora*, até porque – como já frisado – o art. 927 do CPC não enumera entre os seus requisitos a comprovação do perigo de retardo, de difícil ou incerta reparação e que colocará em risco a eficácia da prestação jurisdicional.” (ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Liminares**. v. 2. São Paulo: Lejus, 2000. p. 190)

facultado nem mesmo postular a tutela de urgência, mas apenas a tutela de evidência. Nessa acepção, ainda sob a égide do CPC/1973, Luiz Orione Neto lecionava:

Todavia, havendo o esbulho sido perpetrado há mais de ano e dia, não caberá a tutela interdital possessória, porque inócurre o inc. III do art. 927 do CPC. Nesse caso, caberá apenas a ação possessória de força velha, que se processará pelo rito comum ordinário.

Destarte, exatamente porque a ação possessória de força velha não comporta liminar, é que avulta a importância do instituto da tutela antecipatória.

Com efeito, a questão nodal no âmbito da querela possessória de força velha reside em saber se é possível obter tutela antecipada no curso de uma ação de força velha.

A princípio, não se afigura possível obter tutela antecipada com base no art. 273, I, do CPC, que consagra a tutela de urgência. Deveras, seria no mínimo um contrassenso admitir a concessão da tutela de urgência nas ações possessórias de força velha. Afinal, se a situação era de urgência, como justificar a fluência *in albis* do prazo de ano e dia?

Todavia, na tutela antecipada de evidência, prevista no art. 273, II, do CPC, nada obsta a concessão da providência, mesmo que se trate de ação possessória de força velha, pois esta deve ser tratada como qualquer outra ação de rito comum ordinário, em que se admite, desde que presentes os requisitos legais, a antecipação baseada na tutela de evidência, *ex vi* do disposto no art. 273, II, do CPC.⁸¹²

Ademais, a propriedade ou a posse que deixa de cumprir a sua função social não é automaticamente perdida. Nem, tampouco, há impedimento à postulação de tutela judicial para a proteção delas.

A disciplina tem seus fundamentos nos arts. 182 a 191 da Constituição da República Federativa do Brasil⁸¹³, que autorizam a desapropriação desses imóveis, bem como nas regras que regem a usucapião.

⁸¹² ORIONE NETO. **Tratado das Liminares**. 2000. p. 210-211.

⁸¹³ Merecem destaque os seguintes dispositivos: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais./ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em

Nesse sentido, impende se registrar que o prazo de ano e dia é evidentemente vantajoso para o novo possuidor, pois é muito inferior aos prazos de usucapião, o que lhe permite a discussão da qualidade da sua posse, sem que seja imediatamente despojado dela.

Contudo, não se podem ignorar as peculiaridades que diferenciam o cumprimento de uma liminar possessória individual do cumprimento de uma liminar possessória multitudinária. Esta geralmente implica elevado grau de violência e marginaliza os movimentos sociais, além de não acarretar nenhuma pacificação social, pois, em muitos casos, o cumprimento da ordem judicial resolve o problema pontual no local, mas gera problemas ainda mais sérios nas regiões periféricas do conflito, para onde migram as pessoas desalojadas.

Atento a essa realidade, o projeto do novo CPC previa a audiência de mediação exatamente com o escopo de atender a essa peculiaridade das ações possessórias coletivas, visando a evitar os problemas advindos do cumprimento da liminar. Entretanto, a mudança da redação durante a sua tramitação importa em nova exegese, que não pode deixar de considerar a realidade fática.

[...] Observamos, por fim, que, se for evidente e notório risco de danos irreparáveis de grandes proporções decorrentes da concessão *inaudita altera parte* de uma liminar possessória e de sua efetivação em ações com grande número de réus, a realidade do caso concreto e a sensibilidade do órgão jurisdicional podem permitir a designação de audiência prévia também nas ações de força nova coletiva, a teor do que dispõe o art. 324 do CPC/2015. Mas se trata, repisamos, de algo a ser excepcionalmente realizado, dado que a conjugação dos arts. 558 e 562 do NCPC são contundentes acerca da regra da concessão *inaudita altera parte* e de plano (sem audiência de mediação prévia) da liminar possessória de força nova, sejam ou não coletivas. [...] ⁸¹⁴

Assim, quando se tratar de ação possessória coletiva de força velha, a audiência de mediação será obrigatória, não sendo admissível a sua dispensa pelas partes, na forma no art. 334, §4º, II, do CPC/2015.

lei. / Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social. / Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁸¹⁴ WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2015. p. 931.

Apesar de inexistir previsão legal específica de designação de audiência de mediação em ação de força nova, essa não está vedada e pode ser marcada com fundamento no §3º do art. 3º e no inciso V do art. 139, ambos do CPC.

[...] Todavia, o fato de o esbulho ou da turbação haver ocorrido há menos de ano e dia não obsta a possibilidade da designação de audiência de conciliação e mediação. Não se pode olvidar que o §3º do art. 3º do CPC/2015 prescreve que os juízes devem estimular o recurso aos métodos de solução consensual de conflitos. Some-se a isso o fato de que o inciso V do art. 139 do CPC/2015 impõe ao juiz o dever de “a qualquer tempo” promover a autocomposição com a ajuda de conciliadores e mediadores judiciais. Destarte, a designação de conciliação ou mediação não depende da implementação dos prazos fixados no caput ou no §1º do dispositivo em análise. [...] ⁸¹⁵

Por essa razão, a melhor exegese do art. 565 do CPC/2015 é no sentido de que, em caso de conflito coletivo de posse velha, a instituição da mediação – antes da apreciação do pedido liminar – é obrigatória. No entanto, a instituição da mediação para conflitos coletivos de posse nova não estaria vedada – inclusive, pela necessidade de participação dos órgãos públicos envolvidos.

Nesse sentido, há uma imprecisão no dispositivo, que diz respeito à suposta “possibilidade” de os órgãos públicos responsáveis pelas políticas agrária e urbana serem intimados a participar da mediação, na forma do §4º do art. 565 do CPC/2015⁸¹⁶.

A redação é imprecisa, pois, assim como o Ministério Público e a Defensoria – se houver parte beneficiária da assistência judiciária gratuita⁸¹⁷ –, os órgãos públicos responsáveis pelas políticas agrária e urbana devem ser intimados a participar da mediação, visto que esses e os órgãos de licenciamento ambiental e urbanísticos são indispensáveis para uma solução consensual que atenda ao interesse público – assim

⁸¹⁵ GOUVEIA FILHO, Roberto P.; COSTA FILHO; Venceslau Tavares. Comentários ao Art. 565 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 811

⁸¹⁶ Art. 565. [...] §4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

⁸¹⁷ Em que pese o §2º do Art. 565 do CPC/2015 se refira à “parte beneficiária de gratuidade da justiça” tal expressão deve ser interpretada como “assistência judiciária gratuita”, segundo a lição de José Augusto Garcia de Souza (SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidade –, para uma instituição enfim essencial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 5, p. 496.).

considerado o interesse da coletividade de forma geral e não apenas as pessoas diretamente envolvidas no litígio.

Nesse sentido, Rodrigo Mazzei e Bruno Marques apresentam o seguinte escólio, no qual destacam a possibilidade de o Poder Público dispor de informações relevantes para o deslinde da questão, podendo, inclusive, contribuir para uma solução alternativa – desapropriação.

Seguindo o raciocínio assemelhado ao lançado para que seja intimada a Defensoria Pública, nos termos do desenho proposto no novo Código de Processo Civil, afigura-se também possível (quicá obrigatória) a intimação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio, a fim de que acompanhem a demanda (participando da audiência) e se manifestem sobre seu interesse na causa e a possibilidade de existir solução para o conflito possessório, consoante se infere do §5º do art. 565.

Apenas como exemplo, a intimação de órgão responsável por política urbana pode ser extremamente útil não só para se buscar informações acerca da qualidade da posse exercida pelos possuidores, assim como pode permitir (ou deflagrar) em solução alternativa, através da desapropriação da área, evitando desfecho mais nervoso.

Ademais, não se pode perder de vista que aquisição da propriedade não pode ser vista desapegada de esforços estatais, notadamente em situação que envolva pessoas de baixa renda – como é o caso da usucapião coletiva –, até porque estas dependerão de toda uma infraestrutura que somente poderá ser implementada pelo Poder Público.

De outra banda, vale lembrar que, em casos extremados, em que o ato de ocupação é incentivado pelo próprio Município que fornece a estrutura necessária para tanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já admitiu a conversão da ação de reintegração em ação de indenização. Tal hipótese, ainda que aconteça por exceção, por si só justifica a intimação do Poder Público, não sendo correto que órgãos responsáveis pela política urbana fiquem alheios ou mesmo como simples expectadores, sem sequer se manifestar sobre os termos da ação, na medida em que seus atos podem ter sido relevantes para a ocupação e consolidação da situação fática.⁸¹⁸

Portanto, a participação do Poder Público é fundamental, porque esse pode deter informações relevantes acerca da qualidade da posse, bem como por força da possibilidade de ele próprio deflagrar procedimento de desapropriação, seguindo a inteligência do Enunciado CJF n.º 307, cujo teor se transcreve: “Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico”.

⁸¹⁸ MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Org.). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2, p. 408-409.

6.3.4. O módulo do procedimento de homologação de autocomposição extrajudicial

O novo Código de Processo instituiu, em seu artigo 725, inciso VIII, um procedimento de jurisdição voluntária de “homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor”⁸¹⁹, não previsto no Código antecedente.

Trata-se de procedimento específico de jurisdição voluntária para a homologação de autocomposições firmadas pelas partes antes do ajuizamento de qualquer ação. A homologação da autocomposição obtida no curso de processo, por óbvio, dispensa procedimento específico, pois se realiza através de mera petição dirigida ao juiz.

Ademais, a interpretação conjugada do art. 725, VIII, com o art. 785 – que dispõe que: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” – deixa claro que não há que se cogitar a falta de interesse de agir em razão de as partes terem obtido a autocomposição antes do ajuizamento da ação, inclusive, em hipótese em que esse acordo já goze de eficácia executiva, como, por exemplo, no “instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”, conforme inciso IV do art. 784 do CPC/2015.

Tal raciocínio é intuitivo, tendo-se em vista que o procedimento de jurisdição voluntária voltado para a homologação de autocomposição se apresenta como um procedimento de conhecimento voltado à prolação de uma sentença, consagrada como título executivo judicial no art. 515, III, do CPC/2015, nos seguintes termos: “III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”.

Inclusive, insta se salientar que o art. 515, em seus incisos II e III, procedeu à distinção entre os títulos executivos judiciais obtidos através de autocomposição judicial e extrajudicial:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
[...]
II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

⁸¹⁹ Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: III - homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

[...]

§ 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

Assim, o §2º do art. 515 do CPC/2015 somente faz sentido se a autocomposição extrajudicial do inciso III do art. 515 se desprender da noção de autocomposição incidental a um processo, pois, caso haja processo judicial em curso, o §2º do art. 515 deve ser aplicado, independentemente de o conciliador ou o mediador integrar quadro próprio do tribunal, ser profissional ou câmara privada cadastrado no tribunal, ou, ainda, profissional privado escolhido pelas partes⁸²⁰.

O §2º do art. 515 do CPC/2015 se restringe à autocomposição judicial em razão de seu comando ser desnecessário em relação à autocomposição extrajudicial, a qual não possui partes e objetos delimitados pela petição inicial e pela resposta do réu.

A execução da sentença homologatória de autocomposição se dará através do cumprimento de sentença, podendo, inclusive, fazer incidir a multa de 10% nas execuções de obrigações de pagar quantia certa, visto que a modificação redacional do art. 475-J⁸²¹ do CPC/1973 para o art. 523 do CPC/2015 afastou qualquer dúvida eventualmente subsistente desde a edição da Lei 11.232/2005, ao prever a possibilidade da incidência da multa na execução de “decisão sobre parcela incontroversa”:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o

⁸²⁰ “Apenas os mediadores e conciliadores que pretenderem receber causas por livre distribuição precisarão estar inscritos nos cadastros, pois o Novo Código, no §1º do art. 168, deixa claro que o mediador ou conciliador escolhido pelas partes não precisa estar cadastrado junto aos órgãos competentes. Trata-se de previsão salutar, que se coaduna com a essência dos institutos da mediação e da conciliação. De fato, a exigência da inscrição do profissional nos cadastros públicos tem por escopo permitir que os tribunais se certifiquem de que os inscritos apresentam condições técnicas e éticas de exercer a função. Quando as partes não têm preferência por nenhum mediador ou conciliador em especial, a sua causa será distribuída para profissionais previamente escrutinados. Com isso, embora os interessados não conheçam o profissional sorteado, terão ao menos a segurança de saber que ele preenche os requisitos legais e está habilitado para exercer a função, não havendo, tampouco, conduta pretérita que o desabone. Por outro lado, quando os próprios interessados escolhem livremente um mediador ou conciliador, isso significa que tal profissional já goza de sua fiança e de seu respeito, tornando-se despicienda eventual verificação prévia pelo tribunal ou pelo CNJ.” (MAIA; HILL. Do cadastro e da remuneração dos mediadores.2016. p. 160)

⁸²¹ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. [...] (grifo nosso)

executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. [...] (grifo nosso)

Sob a égide do CPC/1973, a rescindibilidade da sentença homologatória de autocomposição suscitou dúvidas na doutrina e na jurisprudência. Acerca do tema, Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim lecionavam o seguinte:

[...] De um lado, o art. 485, VIII, dispõe que cabe ação rescisória quando houver fundamento para invalidar transação. Para que a transação configure título executivo judicial, deverá ser homologada por sentença, nos termos do art. 475-N, III, e 269, III. De outro lado, o art. 486 dispõe caber ação anulatória contra atos judiciais em que a sentença for meramente homologatória. No tocante ao cabimento da ação anulatória é preciso distinguir os atos homologáveis por sentença abrangidos pelo art. 485, VIII, dos demais. Assim sendo, para os casos abrangidos pelo art. 485, VIII, vale dizer, para a renúncia ao direito sobre que se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido e a transação, caberá ação rescisória caso já tenha transitado em julgado a sentença homologatória. De outro lado, caberá ação anulatória na hipótese do processo de onde se emanou a transação estiver pendente. É de se observar, contudo, que os tribunais fazem a seguinte distinção: quando a homologação tiver conteúdo decisório, o caso será de ação rescisória. De outro lado, caso a sentença seja meramente homologatória, sem ter adentrado em nenhuma questão respeitante à transação entabulada pelas partes, o caso é de ação anulatória. Também caberá ação anulatória, de acordo com a orientação do STJ, caso a homologação da transação seja efetivada em sede de jurisdição voluntária.⁸²²

A temática apresentou modificações redacionais, uma vez que o art. 966 do CPC/2015 não trouxe dispositivo correspondente ao inciso VIII do art. 485 do CPC/73⁸²³. O art. 486⁸²⁴ do Código revogado também não foi reproduzido.

Por outro lado, o CPC/2015 estabeleceu, no §4º do art. 966, que: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

Em decorrência dessa modificação, segmento da doutrina passou a sustentar que não seria mais cabível ação rescisória impugnando sentenças homologatórias, pois a inserção do §4º do art. 966 do CPC/2015 e a ausência de previsão de dispositivo similar ao inciso VIII do art. 485 do CPC/73 teriam por escopo afastar a

⁸²² ALVIM; ASSIS; ALVIM. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2014. p. 935-936.

⁸²³ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

⁸²⁴ Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

discussão existente sob a vigência do Código anterior. Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina leciona o seguinte:

Atos homologatórios pelo juízo. Ação anulatória. De acordo com o §4º do art. 966 do CPC/2015, os atos homologados pelo juízo (p. ex., renúncia, reconhecimento, transação, cf. art. 487, III, do CPC/2015) sujeitam-se à anulação. No caso, pois, não se admite ação rescisória. À luz do art. 485, VIII, do CPC/73, seria possível sustentar o cabimento de ação rescisória, quando, interpretando confissão, desistência ou transação realizada pelas partes, o juiz julga o pedido procedente ou improcedente, e ação anulatória, quando o juiz proferir sentença homologatória sem julgar o pedido (nesse sentido, cf. STJ, REsp 13.102/SP, 4ª T., j. 2-2-1993, rel. Min. Athos Carneiro; STJ, REsp 1.084.372/MG, 1ª T., j. 18-12-2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki). À luz da nova lei processual, passa a ser admissível apenas a ação anulatória prevista no §4º do art 966 do CPC/2015, quando se tratar de vício do ato homologado. [...] ⁸²⁵

Todavia, a questão merece uma análise mais detalhada, sendo indispensável interpretar-se tal dispositivo diante das novas disposições legais, sem se desconsiderar o regramento da matéria sob a égide do Código revogado.

Inicialmente, não podemos olvidar que, durante a vigência do CPC/73, a ação rescisória, com fundamento no inciso VIII do art. 485 (“houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”), ajuizada contra decisão homologatória, devia ter fundamento em qualquer outra hipótese de incidência da ação rescisória. Não bastava que a decisão fosse homologatória de confissão, desistência ou transação, sendo indispensável que a sentença estivesse eivada de quaisquer dos vícios que autorizavam o ajuizamento de ação rescisória, previstos nos demais incisos do art. 485.

Por essa razão, Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves sustentam que a supressão do inciso VIII do art. 485 do CPC/73 não decorreu da intenção do legislador de suprimir a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, mas da absoluta dispensabilidade de tal dispositivo.

Não assusta a circunstância de inexistir previsão, no rol do art. 966 do CPC/2015, de causa de rescindibilidade idêntica àquela antes encontrada no inc. VIII do art. 485 do CPC/1973 (“houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”). Aquele dispositivo tinha o único propósito de afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de, além da admissibilidade da ação anulatória voltada para

⁸²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Comentários ao Art. 966 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1260-1261.

impugnar o ato de disposição de direito objeto da decisão homologatória, também ser admissível a ação rescisória com o objetivo de impugnar diretamente a decisão que homologou o ato de vontade. Tanto que a rescisória que atacava a decisão homologatória tinha de ser fundada em algumas das demais causas de rescindibilidade previstas em lei (v. g. quando tivesse sido proferida por juiz impedido ou juízo absolutamente incompetente).⁸²⁶

Referidos autores ainda ressaltam que o *caput* do art. 966⁸²⁷ do CPC/2015 enuncia caber rescisória em razão de qualquer decisão de mérito transitada em julgado, não fazendo qualquer ressalva em relação às decisões homologatórias, tipificadas como sentenças de mérito no art. 487, III⁸²⁸, do CPC/2015.

Por decisão de mérito, para fins de cabimento da rescisória, entende-se o pronunciamento cujo conteúdo se amolda a qualquer das hipóteses dos incs. I, II e III do art. 487 do CPC/2015. O texto não faz ressalvas. Toda e qualquer decisão de mérito é impugnável por meio de ação rescisória. Em outros termos, a *decisão de mérito por equiparação*, que é aquela pela qual o órgão jurisdicional se limita a homologar o ato de disposição de direito (art. 487, III, do CPC/2015), também é rescindível, desde que configurada uma das causas de rescindibilidade enumeradas no art. 966 do CPC/2015.⁸²⁹

Nesse mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao analisar o art. 658 do CPC/2015⁸³⁰, editou o Enunciado 137, o qual prescreve que: “contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória”. Assim, subsiste o entendimento firmado pela doutrina sob a égide do CPC/1973, para o qual o cabimento da ação rescisória ou da ação anulatória será determinado pela existência ou não do trânsito em julgado – tanto que o Enunciado 138 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis prevê: “A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória”.

⁸²⁶ MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. **Revista Forense**, v. 421, p. 191-213, 2015.

⁸²⁷ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]

⁸²⁸ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

⁸²⁹ MAZZEI; GONCALVES. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. p. 191-213, 2015.

⁸³⁰ Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença: I - nos casos mencionados no art. 657;/ Art. 657. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966. [...]

Ademais, entendimento em sentido diverso poderia criar evidente óbice ao exercício da ação voltada a desconstituir o título executivo. Isso, pois o §4º do art. 966 enuncia que: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”. Todavia, podem existir sentenças homologatórias que não importem em nenhuma disponibilidade de direito. Inclusive, esse é o escopo da mediação: obter-se uma solução consensual, em um sistema ganha-ganha, em que nenhuma das partes necessite dispor de parte de seu direito. Nessas hipóteses, em que não houve disponibilidade de qualquer direito, não haveria base legal para se sustentar o cabimento da ação anulatória.

Tal situação geraria evidente risco para a parte interessada na rescisão, porquanto, como no procedimento de homologação de acordo o juiz não declara quem tem direito, mas apenas homologa o acordo firmado entre as partes, haveria evidente margem de subjetivismo para se definir se a ação cabível seria a rescisória ou a ação anulatória, visto que seria necessária uma análise do conteúdo do acordo para se aferir a existência de dispensa de direitos ou não e, via de consequência, a ação cabível.

Pior. Caso a ação anulatória fosse extinta sem julgamento do mérito por conta de o julgador entender estar ausente o pressuposto processual de validade do interesse de agir, na modalidade adequação – por entender que seria hipótese de ação rescisória –, já poderia ter transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação adequada.

Portanto, inexistente motivo para se abandonar o entendimento firmado sob a égide do Código anterior no sentido de haver possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão homologatória transitada em julgado, quando eivada de quaisquer dos vícios enunciados nos incisos I a VIII do art. 966 do CPC/2015.

7. CONCLUSÃO

Em conhecida crônica chamada “A diferença”, Luis Fernando Veríssimo demonstra como algo que, em um primeiro momento, pode parecer diferente, pode, em outro, parecer semelhante, e vice-versa. Para tanto, o referido autor cria um suposto diálogo em uma clínica geriátrica suíça entre dois famosos homens morcego: Batman e Drácula. Nessa conversa, Batman se distingue de Drácula, por entender que este representa o mal, ao passo que ele representaria o bem. Por outro lado, Drácula chama a atenção de Batman no sentido de que eles possuem várias semelhanças, que os aproximavam e que impediam que eles fossem vistos com tamanha diferença. Nesse sentido, ambos eram representados pelo símbolo do morcego. Enquanto Drácula era representado pelo morcego, sem qualquer outra opção, em razão de uma maldição, Batman possuía a mesma representação de forma voluntária, visto que poderia escolher outro símbolo que representasse o bem, como um cordeiro, mas não o fez. Ambos eram aristocratas. Ao passo que Drácula era um aristocrata feudal da Velha Europa, Batman era um aristocrata da Nova América⁸³¹.

Tal crônica acaba por demonstrar que a noção de diferença é diretamente influenciada pela perspectiva. A autocomposição já constava de diplomas legais anteriores, sem que recebesse o destaque que ora lhe é conferido. Assim, a diferença entre o novo e o velho somente pode ser percebida se analisada dentro do contexto correto.

Saliente-se que, conforme demonstrado, a autocomposição não é fenômeno novo na realidade brasileira. A evolução das fases metodológicas do processo⁸³², o movimento de ressystematização do Direito⁸³³ e a aproximação entre o público e o privado⁸³⁴ implicam uma mudança de perspectiva, na qual se mostra fundamental uma reinterpretção dos poderes e do papel dos atores processuais.

Por essa razão, tentar interpretar o novo com o olhar do passado, certamente, implicará a repetição de antigos erros. Por óbvio, não se prega um abandono absoluto do passado, dado que esse deve ser conhecido e compreendido para que se possa

⁸³¹ VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **Diálogos impossíveis**. Rio de Janeiro: objetiva, 2012. p. 9-11.

⁸³² MADUREIRA. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017. p. 21-72.

⁸³³ MAZZEI. O Código Civil de 2002 e a sua Interação com os Microssistemas e a Constituição Federal: Breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. p. 245-277, 2011.

⁸³⁴ TEPEDINO. **Temas de Direito Civil**. 2008. p. 13-20.

reconhecer o valor de cada mudança e a representatividade de sua contribuição para a evolução da ciência jurídica e da sociedade.

Ao analisar a história, verificamos a ascensão e o declínio de várias figuras e instrumentos voltados à autocomposição, como, por exemplo, os juízes de paz e a “reconciliação” prévia obrigatória, os quais operavam de acordo com o estágio evolutivo da ciência jurídica da época, que sequer enxergava diferença entre o direito material e o processual – este era apenas um apêndice daquele. Nesse período, a Constituição exercia apenas o papel de carta política e não de fonte normativa irradiadora de direitos, garantias e deveres.

O maior ou menor incentivo à autocomposição e o espaço para o exercício da liberdade de se autorregurar não seguiram um caminho uniforme, ora encontrando avanços, ora enfrentando retrocessos, conforme demonstrado ao longo do trabalho.

Por óbvio, o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e a Resolução n.º 125/2010 não inventaram a autocomposição. Entretanto, em diálogo com outros diplomas normativos, instituíram um microssistema de autocomposição judicial, que representa uma verdadeira revolução no Direito Processual Civil brasileiro.

A forma de operação e interação desse microssistema – especialmente através de seus princípios e cláusulas gerais – consolida um modelo flexível de tratamento de conflito, o qual tem potencial de se mostrar mais adequado a suprir as expectativas sociais em relação aos resultados do processo.

Desse modo, o microssistema de autocomposição judicial possibilita a obtenção de resultados mais criativos e que não poderiam ser obtidos através de uma sentença adjudicada. A valorização da autonomia da vontade dos indivíduos permite a observância de peculiaridades inerentes ao próprio conflito que seriam impossíveis de serem trabalhadas pelo legislador.

O repertório disponibilizado a todos os atores processuais impõe uma mudança de mentalidade para que não se veja a autocomposição como um método alternativo ou substitutivo do processo judicial heterocompositivo, porquanto ambos devem ser encarados como instrumentos de igual importância, que poderão, por suas próprias características, amoldar-se melhor a conflitos de variadas naturezas.

O abandono da visão do processo como uma rígida sequência de atos se mostra imperativa para que se abra espaço para uma nova compreensão do processo como

um espaço dialógico, no qual os atores processuais têm o dever de colaborar ativamente para o seu desenvolvimento e conclusão satisfatória.

O diálogo de procedimentos e a importação de técnicas especiais passam a modificar substancialmente os módulos processuais de decisão, os quais deixam de ser objeto de labor apenas do juiz e do legislador, para que haja uma corresponsabilização de todos os atores processuais pelos resultados do processo.

Dentro de uma lógica afeta ao formalismo-valorativo, o processo passa a ser visto como um direito fundamental, o qual desempenha um papel assegurador da liberdade – por assumir o papel de proteção dos indivíduos –, além de se apresentar como um ambiente de criação do direito⁸³⁵.

Por essa razão, o processo se consolida como um instrumento de democracia participativa⁸³⁶, no qual é dado aos indivíduos o exercício de parcela do poder estatal, o que fica ainda mais evidente diante da ampliação do espectro da liberdade de autorregular o exercício da própria vontade.

O microssistema de autocomposição não é panaceia para a solução de todos os problemas da justiça, mas, certamente, apresenta-se como mais uma importante engrenagem na construção de uma justiça mais célere, justa e efetiva, voltada à pacificação social.

⁸³⁵ MADUREIRA. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo, p. 256-274, 2015

⁸³⁶ ZANETI JÚNIOR. A Constitucionalização do Processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2014. p. 128.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genaceia da Silva. O Núcleo de Estudos no contexto da mediação no Rio Grande do Sul e as proposições legislativas a área de mediação. **Revista Multijuris**. Rio Grande do Sul. Ano IX. n. 13. p. 1-7, Dez. 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/O-NUCLEO-DE-ESTUDOS-NO-CONTEXTO-DA-MEDIACAO.pdf>>. Acesso em 24/04/2019.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: UNAM, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil: Leis 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e Lei 11.280/2006. **Revista dos Tribunais**. v. 850, p. 11-39, ago. 2006.

ALMEIDA, Candido Mendes. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss. Fundamentos. In: HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, v. 2, p. 160-180, 2003.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash. 2014. E-book

ALVES, José Carlos Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro**: das origens aos dias atuais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, n. 88, p. 185-238, 1993.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. E-book.

ANDREWS, Neil. *Arbitration and mediation in England*. **Revista de Processo**. vol. 175, Set., p. 107-129, 2009.

ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 77, jan./mar., 1995. p. 70-103.

ARAUJO, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**. Vol. 5. Jul./Set., 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A primazia da resolução de mérito e seus reflexos no mandado de segurança. **Revista de Processo**. Vol. 287. Jan, p. 357-380, 2019.

ARAUJO, Nadia; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o Programa de Indenização do Voo 447. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 23, n. 91, jan./fev., p. 337-349, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à História do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. O planejamento sucessório e o novo Código de Processo Civil. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André Ricardo Cruz. Notas Introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 14, Jul./Set., p. 48-51, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BIBLIOTECA NACIONAL. **Colleção das Leis do Império do Brasil**: 1823. Parte 1º. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

BIBLIOTECA NACIONAL. **Colleção das Leis do Império do Brasil**: 1824. Parte 2º. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. vol. 1. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário crítico de sociologia**. São Paulo: Ática, 1993.

BOWKER ASSOCIATES. ***Samarco dam failure largest by far in recorded history***. 2015. Disponível em: <<https://lindsaynewlandbowker.wordpress.com/2015/12/12/samarco-dam-failure-largest-by-far-in-recorded-history/>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação**: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA, 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. Marco Legal da Mediação: Lei 13.140/2015 – Comentários Iniciais à Luz da Prática Brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 47, Out./Dez., p. 259-275. 2015.

BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016.

BRITO, Anne Lacerda de. Planejamento sucessório à luz do novo Código de Processo Civil. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil; Juizados Especiais**. Saraiva: São Paulo, 2011. vol. 2.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. ***The promise of mediation: the transformative approach to conflict***. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos. In: **Código de Processo Civil: Histórico da Lei**. Vol.1. tomo 1. Brasília: Senado Federal, 1974.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*Collaborative Law*): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Comentários ao art. 5º da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**, v. 241, Mar., p. 489-516, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O regime das questões de ordem pública no novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 1.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções processuais em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1. p. 337-366.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALAMANDREI, Pietro. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Douglas Dias Ferreira. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. Função Social da Posse e Ações Possessórias (Releitura do Art. 927, Inc. I, do CPC-1973 e Perspectiva de

Interpretação para o Artigo 561, Inc. I, do NCP. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Adriana Pereira. O Farol da Boa Prática Judiciária: dois manuais para instrução dos juízes de paz. In: Campos, Adriana Pereira; SLEMIAN, Andréa; MOTTA, Kátia Sausen da (Org.). **Juízes de Paz: um projeto de justiça cidadã nos primórdios do Brasil Império**. Curitiba: Juruá, 2017.

CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 59, no 1, 2016.

CAMPOS, Rafael Mello Portella; SOBRAL, Mariana Andrade. O acordo sai caro, muito caro!: percepções iniciais da Defensoria Pública acerca dos processos indenizatórios da Bacia do Rio Doce. In: LOSEKAN, Cristina; MAYORGA, Claudia (Org.). **Desastre na bacia do Rio Doce: desafios para a universidade e para instituições estatais**. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2018. p. 149-171.

CAPPELLETI, Mauro. **O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento**. Trad. Hermes Zaneti Junior. Revista Forense, vol. 395, ano 104, jan./fev., 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. vol. 74, Abr.-Jun., p. 82-97, 1994.

CARLOS, Helio Antunes; MENDONÇA, Gabriela Sarmiento de. Breve estudo da autonomia privada no processo de inventário e partilha. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. nº 26, Set./Out, p. 88-107, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, n. 58, abr./jun., p.33-40, 1990.

CARMONA, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 30. Jul./Set., p. 229-244, 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. Forense: Rio de Janeiro. 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. MARENCO, Hebe Caleti. São Paulo, Minelli, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014.

CASTRO, Daniel Penteado de. Considerações sobre a Sobrevivência dos Procedimentos Especiais no NCPC. In: MACEDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COLLINS, Randall. Quatro **Tradições Sociológicas**. Trad. De Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49-106.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A busca pela paz com a constelação familiar no Tribunal do DF**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=86927:a-busca-pela-paz-com-a-constelacao-familiar-no-tribunal-do-df&catid=813:cnj&Itemid=4640&acm=20488_10795> Acesso em: 21/02/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86434-constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-pdf>>. Acesso em: 21/02/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>. Acesso em 18.02.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em 18.02.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 18.02.2019.

COSTA, João Ricardo dos Santos; JUNKES, Sérgio Luiz; SADEK, Maria Tereza (Coord.). O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil. **Associação dos Magistrados do Brasil**. 2015. Disponível: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 05.03.2019.

COSTA, Judith Martins. A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina a ambiguidade das peças publicitárias patrocinadas pelos

curso pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 6. Abr./Jun., p. 219-231, 1993.

COSTA, Moacyr Lobo. **Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Comentários ao art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a ed. Salvador: JusPodivm. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Comentários ao art. 190 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 3º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 4º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 2º da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe. **Lei de Mediação comentada artigo por artigo**: dedicado à memória da Prof. Ada Pellegrini Grinover. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. vol. 287. Jan., p. 531-552, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentários ao art. 200 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**, nº 13, ano 4, jan./mar. 2002.

DELFINO, Lúcio. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEUTSCH, Morton. ***The Resolution of Conflict: constructive and destructive processes***. New Haven: Yale University Press, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico: REDAE**. nº 9. Fev./mar./abr. 2007.

DIDER JR., Fredie. Comentário ao art. 3º do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Comentários ao art. 487 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 5º do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual**. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, p. 213-225, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Produção Antecipada de Prova. In: In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Provas**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 3.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Gênesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 21, n.21, p. 530-541, 2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª ed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: Arbitragem comercial internacional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo código de processo civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia. **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: de acordo com a EC 74/2013. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A experiência brasileira dos Juizados de Pequenas Causas. **Revista de Processo**. vol. 101, Jan./Mar., p. 175-189, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. **Academia Brasileira de Direito Processual**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf)> Acesso em 22/10/2016

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A prejudicialidade do direito comunitário nos tribunais supranacionais. **Revista de Processo**. vol. 85. Jan./Mar., p. 80-120, 1997.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 23, p. 7-32, 2009

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. 1ª ed., v.1., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto procesuale**. 8ª ed. Pádua: CEDAM, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FERRAZ, Cristina. Reflexões sobre os novos rumos da jurisdição voluntária. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. Rio de Janeiro: Sextante. 2018.

FISS, Owen. **Um processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coord. de Trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentários ao Art. 90 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Teoria Geral do Conflito - Visão do Direito. In: Roberto Portugal Bacellar & Valéria F. Lagrasta. (Org.). **Conciliação e Mediação:**

ensino em construção. 1ed.Sao Paulo: Instituto Paulista dos Magistrados e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, 2016, v. 1.

FRONTINI, Paulo Salvador. O Ministério Público no Juizado de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244**, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva.2012.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 267, Maio, p. 43-73, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>>, Acesso em 01 de março de 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Direito Comparado**. vol.4, jul./dez, p. 43-63, 2016.

GALANTER, Marc. **Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change**. *Law and Society Review*, p. 165-230, 1974.

GALTUNG, 2002, *apud* CONCHA, Percy Calderon. Teoría del conflictos de Johan Galtung. **Revista Paz y Conflictos**, n.2, 2009.

GALTUNG, Johan. **Transcender e Transformar**: uma introdução ao trabalho de conflitos. Trad. Antonio Carlos da Silva Rosa. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral da mediação**: à luz do projeto lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

GALVÊAS, Ernane. A influência da Câmara de Comércio Internacional (CCI) sobre a moldagem da arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 55, Out./Dez., p. 53-56, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CASTRO, Diana Loureiro Paiva de. Proteção Possessória no Novo Código de Processo Civil: notas à luz da Lei 13.105/2015. **Revista de Processo**. vol. 249. Nov. 2015. p. 347-375).

GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective**. Maurer School of Law. Indiana University. 1978. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub>>. Acesso 10.01.2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Fabiana Marcello. Mediação Pós-Judicial: um caminho alternativo rumo à pacificação social. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20373/14705>> Acesso em 08/06/2016.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Consignação em pagamento**: aspectos de direito processual e material. Curitiba: Juruá, 2013.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Comentários ao Art. 562 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P.; COSTA FILHO; Venceslau Tavares. Comentários ao Art. 565 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 24, Mar., p. 71-79. 2005.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Out./Dez., p. 7-28, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A atualidade do pensamento processual de Francesco Carrara. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Jan./Dez., p. 53-61, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos Constitucionais dos Juizados de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidade.** **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, Jan./Mar., p. 15-36, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. (Org.). **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Solenidade de posse dos professores Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 269-275, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e Transmissão de Institutos Processuais. **Revista de Processo.** vol. 140, Out., p. 143-154, 2006.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **Parecer acerca do objeto da ADI 3943 que questionava a constitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 11.488/2007.** Set., 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>. Acesso em 15/03/2018.

GUEDES, Jefferson Carús. Comentários ao art. 550 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e Conflitos Sociais: na perspectiva da pós-modernidade. **Revista de Processo**, vol. 70, abr./jun., p. 135-142, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução consensual de conflitos e o Processo Civil.** São Paulo: Atlas. 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESCs: Meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Barueri: Manole, 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Ensaio em busca dos sistemas processuais penais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: FMP, ano 10, n. 8, p. 235-271, 2010.

HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor**. Trad. Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HILL, Flávia Pereira. A nova Lei de Mediação italiana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. vol. VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Ano 4. v. 6, n. 6, Jul.-Dez., p. 299-300, 2010.

HILL, Flávia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Strictu Sensu da UERJ. Ano 12. v. 19, n. 3, set./dez., p. 296/323, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Org.). **Direito Contratual: Temas Atuais**. São Paulo: Método. 2007.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor. 2006.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In MAZZEI, Rodrigo (coord). **Questões Processuais do novo Código Civil**. Barueri: Manole, 2006.

JOBIM, Marcos Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. vol. 1.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**: Edição Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 251-258, 1976.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEITE, Gisele. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul. 2017. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1911>. Acesso em: 12/02/2019.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Considerações iniciais sobre o procedimento de escolha do mediador e das Câmaras Privadas de Mediação sob a perspectiva do

marco regulatório da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 12, n. 46, jul./set, p. 141-153. 2015.

LIMA, Alcides de Mendonça. A primazia do Código do Processo Civil do Rio Grande do Sul. **Revista da Ajuris**, nº 7, Jul., p. 94-96, 1976.

LIMA, Frederico. **Defensoria Pública**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. v. 268. Jun., p. 71-91, 2017.

LINS, Artur Orlando. **A primazia do julgamento de mérito no processo civil brasileiro**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.1. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

LUCENA FIHO, Humberto Lima de. As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade. In: COMPENDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Sistemas Jurídicos e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos**. 56ª ed., v.21. Florianópolis: Boiteaux, p. 34-64, 2012.

LUHMANN, Niklas. A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do csentido de uma análise sociológica do conflito. In: ARNAUD, André-Jean; Lopes Jr., Dalmir (Org.).

Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Trad. Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréa da Silva Manão; Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Como escapar a audiência de conciliação ou mediação do novo CPC. **JOTA.** Disponível em <<http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc>>. Acesso em 12/07/2016.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS.** n^o 3, vol. X, 2015.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Fazenda Pública “sem juízo”: notícia de um inconsciente coletivo. **Revista de Processo.** vol. 253. Mar., p. 301-327, 2016.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e novo processo civil. **Revista de Processo,** vol. 272, out., p. 85-125, 2017.

MAIA, Andrea; HILL, Flavia Pereira. Do cadastro e da remuneração dos mediadores. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no novo Código de Processo Civil.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

MAIA, Maurílio Casas. A segunda onda de acesso à justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: CORREA, André L. Costa; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO,

Solange Almeida Holanda (Org.). **Direitos e Garantias Fundamentais**. 1ª ed. Birigui: Ed. Boreal, 2015.

MAIA, MAURILIO CASAS. Defensoria Pública no novo código de processo civil (NCPC): primeira análise. **Revista de Processo**. vol. 265. Mar., p. 301-341, 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. Da extinção anormal do processo. **Revista de Processo**, vol. 18, Abr. /Jun., p. 75-87, 1980.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. vol. 3.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 95. Set./ Out., p. 99-145, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAYER, Bernard. *The Dynamics of Conflict: a guide to engagement and intervention*. 2ª ed. Jossey-Bass, 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o (“dispensável”) art. 232 do Código Civil. In: DIIDER JÚNIOR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coords.). **Prova, exame médico e presunção**: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: Juspodivm, 2006.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Parte Geral**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou “estória”) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 12, n. 16, jul./dez., p. 177- 204, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte. v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26, 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código de Processo Civil do Espírito Santo: Breve Notícia Histórica. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Org.) **Código de Processo Civil do Espírito Santo**: texto legal e breve notícia histórica. Vila Velha: Editora ESM, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogado judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. **Unisul de Fato e de Direito**: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [S.l.], v. 6, n. 11, out., p. 19-34, 2015. Disponível em: < http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/3168/2194> Acesso em: 08/06/2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua Interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: Breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Pensamento Jurídico**: revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito. ano 1, n. 1, jan./jun., p. 245-277, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microsistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade Autônoma de Direito**. ano 1. nº 1. jan./jun., p. 245-278, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 228. Fev., p. 163-204, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CARLOS, Helio Antunes. Breve estudo acerca das principais alterações da reforma trabalhista: uma análise a partir da Teoria dos Jogos. In: TUPINAMBÁ, Carolina. **Soluções de conflitos trabalhistas**: novos caminhos. São Paulo: LTr, 2018.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Métodos ou Tratamento Adequado de Conflitos?. In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata C. Vieira Maia; Ester

Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna Figueiredo (Org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. vol 1. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 95, p. 245-270, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. **Revista de Processo**. Vol. 282. Ago., p. 383-407, 2018.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Comentários ao Art. 154 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Comentários ao art. 659 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. **Revista Forense**, v. 421, p. 191-213, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). **PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1:** Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis; MARQUES, Bruno Pereira. Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras considerações sobre o impacto e a simbiose dos diplomas. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Org.). **Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar.** São Paulo: Saraiva, 2016, vol. 2.

MAZZEI, Rodrigo Reis; RISK, Werner Braun. Da regulação de avaria grossa. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Comentários ao Art. 966 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de Conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 41, n. 253, Mar., p. 163-184, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. *When litigation is not the only way*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 43. Out.-Dez., p. 347-368, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTALVÃO, Bernardo. **Filosofia do Direito Descomplicada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

MOREIRA, Ana Carolina de Toledo; CARBONAR, Dante Olavo Frazon. Avaria Grossa: do Código Comercial ao novo Código de Processo Civil 2015. **Revista de Processo**. vol. 24. Nov., p. 327-346, 2015.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. Princípios penais constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 84. Jul./Set., p. 223-253, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. vol. 111. Jul. – Set, p. 103-112, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. vol. 33. Jan./Mar., p. 182-191, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e Processo. **Revista de Processo**. Editora Revista dos Tribunais. vol. 112. Out./Dez., p. 177-185, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm: 2010.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Comentários ao art. 705 do CPC/2015. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina. 2016.

MOURÃO, Mariana Mazzeiro. Da responsabilidade civil do transportador marítimo. **Revista de Direito Privado**. vol. 33. Jan./Mar., p. 215-235, 2008.

MYRA Y LOPES, Emilio. **Os quatro gigantes da alma**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASH JR., John Forbes. *Equilibrium Points in n-person Games*. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, p. 48-49, 1950.

NASH JR., John Forbes. *The Bargaining Problem*. **Econometrica**, p. 155-162, 1950.

NASH JR., John Forbes. *Non-Cooperative Games*. ***Annals of Mathematics***, p. 286-295, 1951.

NASH JR., John Forbes. *Two-person Cooperative Games*. ***Econometrica***, p. 128-140, 1953.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processo em vigor**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Poente Constitucionalismo Brasileiro: A Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. A contrafé nas “ações de família”: inconstitucionalidade do art. 695, §1º, do Novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-Valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm: 2010.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das Liminares**. v. 2. São Paulo: Lejus, 2000.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos controvertidos da ação de exigir contas: uma visão a partir do Novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Art. 154 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEIXOTO, Ravi. Comentários ao Art. 550 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.).

Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários ao art. 170 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil:** de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo:** processo de conhecimento, cautelar, execução procedimentos especiais. Vol. 2. São Paulo Saraiva, 2012. E-book.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). **Teoria Geral da Mediação:** à luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** vol. 11. p. 184-213, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. **A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual:** aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. *Revista de Processo.* vol. 258. Ago., p. 123-152, 2016.

PONDY, Louis R. *Organizational Conflict: concepts and models.* **Administrative Science Quarterly,** vol. 12, n. 2, Sep., p. 296-320, 1967.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil**: Negócios Jurídicos Processuais, Flexibilização Procedimental e o Direito à Participação na Construção do Caso Concreto. Salvador, Juspodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do Procedimento pelo Juiz**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RISKIN, Leonard L. *Mindfulness: Foundational Training for Dispute Resolution*. 54. **J. Legal Educ.** 79, p. 79-90, 2004.

RITZER, George. **Teoria sociológica contemporânea**. Trad. Maria Teresa Casado Rodriguez. McGraw-Hill, 1997.

ROCHA, Felipe Borring. Os impactos do Novo CPC na Defensoria Pública: Intimação Pessoal e Prazo em Dobro. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões no Novo CPC. 1ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. vol. 5.

ROCHA, Jorge Bheron. A Defensoria como custos vulnerabilis e a advocacia privada. **CONJUR**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>>. Acesso em 11/03/2019.

RODOVALHO, Thiago. A oposição no novo Código de Processo Civil: de modalidade de intervenção de terceiros à condição verdadeiramente autônoma. **Revista de Processo**. vol. 266. Abr., p. 207-225, 2017.

RODRIGUES, Daniel Colnago. Comentários ao art. 334 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Daniel Colnago. Mediação obrigatória no processo civil: reflexões à luz do direito comparado, do CPC/2015 e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). **Revista de Processo**. vol. 285. Nov., p. 365-396, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Comentários ao Art. 966 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns Aspectos Relevantes da Usucapião e da Expropriação Privada. In MAZZEI, Rodrigo (coord). **Questões Processuais do novo Código Civil**. Barueri: Manole, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 5, nº 16, Jul./Set, p. 204-220, 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa Brasília**, v. 46, n. 182, abr./jun, p. 75-88, 2009.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. In: **The Pound Conference perspectives on justice in the future**. Minnesota: West Publishing CO., p. 65-87, 1979.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Evaristo Aragão. Comentários ao art. 550 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno

(Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Welder Queiroz. Comentários ao art. 550 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo, LTr, 2017.

SCHIMITIZ, Leonardo Ziesemer. Comentários ao art. 381 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SELL, Carlos Eduardo; PAULA JR., Josias. **A teoria sociológica e o debate micro-macro hoje**. Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política. Vol. 15 - Nº 34, Set./Dez., p. 7-17, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. **Revista de Processo**. vol. 208, Jun, p. 61-89 2012.

SILVA, Blecaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Parte Geral**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. XI. tomo I – arts. 890 a 1045. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Franklyn Roger Alves. ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: Sousa,

José Augusto Garcia de (coord.). DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Jarbas Vieira; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana (Org.). **Desastre no Vale do Rio Doce**: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcos José Diniz. **O Conflito social e suas mutações na teoria sociológica**. Revista Qu@litas Revista Eletrônica, vol. 1, nº 2, p. 1-12, 2011.

SILVEIRA, Edson Damas da; CAMARGO, Serguei Aily Franco de. Jurisdição Indígena e o afastamento do direito de punir do Estado brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico. **Revista da AGU**. v. 15, jan./mar., p. 17-34, 2017.

SIMMEL, Geog. **Georg Simmel: Sociologia**. São Paulo, Ática, 1983.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. **Revista de Processo**. vol. 264, Fev, p. 523-543, 2017.

SODRÉ, Eduardo. Comentários ao art. 712 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidade –, para uma instituição enfim essencial. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). DIDIER JÚNIOR, Fredie

(Coord. Geral). **Defensoria Pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 5.

SOUZA, André Pagani de [et. al.]. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: A Resolução de Conflitos por Meio da Abordagem Sistêmica Fenomenológica das Constelações Familiares. *Entre aspas: revista da Unicorp*. ano.1, n.1, Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, p. 305-316, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 381 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Saneamento do Processo**. *Revista de Processo*. vol. 86, Abr./Jun., p. 76-111, 1997.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método: 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 168-171, 2011.

TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo. Inventário e partilha no CPC/2015: pontos de destaque entre a relação entre os direitos material e processual. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). **Famílias e sucessões**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15.

TARTUCE, Fernanda; TARTUCE, Flávio. Lei n. 11.441/2007: diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 9, p. 157-173, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. v 2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, v.1.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TEODORO, Viviane Rosolia. Princípios da arbitragem: o princípio competenz-competenz e suas consequências. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 51, Out./Dez., p. 221-248, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos Especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 258, nov., p. 65-88, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.vol. I.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Embargos de terceiro: questões polêmicas. **Revista dos Tribunais**, vol. 833. Mar., p. 54-65, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Da ação de divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TUCCI, Rogério Lauria. **Manual do Juizado de Pequenas Causas**: anotações à Lei n. 7.244, de 7-11-1984. São Paulo: Saraiva, 1985.

TUPINAMBÁ, Carolina. Comentários ao art. 15 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 119, Mar./Abr., p. 165-199, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VERÍSSIMO, Luiz Fernando. **Diálogos impossíveis**. Rio de Janeiro: objetiva, 2012.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. História do Processo: uma análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico. **Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, v. 9, nov., p. 129-162, 2001. Disponível em: <<http://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/135>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no Judiciário**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo. **Revista de Arbitragem e Mediação**: RArb, São Paulo, v. 12, n. 46, jul./set., p. 197-208, 2015.

VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida. Estamos Indo em Direção à Função Social da Posse? Análise das Inovações para Julgamento de Conflitos Possessórios Coletivos no Novo CPC. In: MACEDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório**. Coleção Novo CPC e Doutrina Seleccionada. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4.

VINYAMATA, Eduard. Compreender o conflito e agir educativamente. In: VINYAMATA, Eduard (Org.). **Aprender a partir do conflito**: conflitolgia e Educação. Trad. Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A reforma do Código de Processo Civil**: 2ª fase. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. out., p. 907-944, 2011. vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do procedimento especial. **Revista de Processo**. vol. 204. Fev., p. 51-73, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WILLIAMS, Mark; PENMAN, Danny. **Atenção Plena: Mindfulness**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. Comentários ao art. 562 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (Primeira Parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 116, São Paulo, Set.-Out., p. 39-76, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. vol.1.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atenas, 2015.