



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Marcelo S. Brandão (santibrando@gmail.com)

Didier Jr., Fredie

D556 Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 18. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
v.1.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-442-0660-7

1. Direito processual – Brasil. 2. Processo civil – Brasil. 3. Jurisdição. 4. Competência (Autoridade legal). 5. Conciliação (Processo civil). 6. Preclusão (Direito processual). 7. Litisconsórcio. 8. Extinção do processo. 9. Suspensão do processo. I. Título.

CDD: 347.81053

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Fredie Didier Jr.



Curso de Direito
**PROCESSUAL
CIVIL**

Introdução ao Direito Processual Civil,
Parte Geral e Processo de Conhecimento

1

18ª edição • revista, ampliada e atualizada

2016



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

A jurisdição, como se sabe, controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas aparentes) e a função administrativa (controle dos atos administrativos), mas não é controlada por nenhum dos outros poderes. À jurisdição cabe dar a última palavra, a solução final ao problema apresentado. Daniel Mitidiero percebe o ponto: a impossibilidade de controle externo é característica da jurisdição²⁶.

Perceba que, mesmo nos casos de *indulto* e *anistia*, no Direito Penal, atos não jurisdicionais, não há violação da coisa julgada. O Estado, nestes casos, titular do *jus puniendi* reconhecido por decisão judicial, *renuncia* a esse Direito. Não se decide novamente a questão penal, não se podendo falar, portanto, em controle externo da decisão judicial.

1.8. Aptidão para a coisa julgada

(g) A coisa julgada é situação jurídica que diz respeito exclusivamente às decisões jurisdicionais. Somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada.

Isso não quer dizer que só haverá jurisdição se houver coisa julgada. A existência de coisa julgada é uma opção política do Estado; nada impede que o legislador, em certas hipóteses, retire de algumas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer isso, não lhes tira a "jurisdicionalidade". A coisa julgada é situação posterior à decisão, não podendo dela ser sua característica ou elemento de existência: não se condiciona o "ser" por algo que, no tempo, lhe é posterior.

De fato, a característica que é exclusiva da jurisdição é a aptidão para a definitividade. Só os atos jurisdicionais podem adquirir essa especial estabilidade, que recebe o nome de coisa julgada.

2. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

2.1. Generalidades

Equivalentes jurisdicionais são as formas não-jurisdicionais de solução de conflitos. São chamados de equivalentes exatamente porque, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela dos direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.

Todas essas formas de solução de conflitos não são *definitivas*, pois podem ser submetidas ao controle jurisdicional.

26. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

Os principais exemplos são a autotutela, a autocomposição e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos).

A arbitragem não é encarada, neste *Curso*, como um *equivalente jurisdicional*. Entende-se que se trata de exercício de jurisdição por autoridade não-estatal. Não é equivalente jurisdicional porque é jurisdição. O tema será desenvolvido mais à frente.

2.2. Autotutela

Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O “juiz da causa” é uma das partes.

“La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”.²⁷

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. Como hipótese excepcional, diz Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a autodefesa é um conceito negativo ou por exclusão.²⁸

São exemplos de autotutela permitida: o desforço incontinenti do possuidor, no caso de violência a sua posse (art. 1.210, §1º, Código Civil), a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos,²⁹ a guerra etc. Em qualquer caso, é passível de controle posterior pela solução jurisdicional, que legitimará ou não a defesa privada. Ainda se justifica, em alguns casos, pela impossibilidade de o Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo e pela ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio.

27. CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 50.

28. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 47.

29. Auto-executoriedade é um dos atributos do ato administrativo. Consiste na possibilidade que certos atos ensejam de imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial. No direito privado, a exceção é a autotutela; a execução sem título. Aqui, não. É o que os franceses chamam de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*. Seria o seguinte desdobramento: exigibilidade (*préalable*), pela qual a Administração toma decisões executórias criando a obrigação para o particular sem necessitar preliminarmente ir a juízo; executoriedade (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pela força (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 193-194.).

2.3. Autocomposição

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.

Autocomposição é o gênero, do qual são 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. Quando feita em juízo, a *submissão* do autor é denominada de renúncia (art. 487, III, “c”, CPC); a do réu é designada como reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, “a”, CPC).

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei n. 13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição perante o Poder Público (arts. 32-40).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 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 juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negociada é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência.

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* - obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

A autocomposição pode ocorrer após negociação dos interessados, com ou sem a participação de terceiros que auxiliem neste processo. Estes terceiros são os mediadores ou conciliadores. Tendo em vista a importância que a mediação e a conciliação têm adquirido ultimamente, este *Curso* dedica um capítulo inteiro ao tema, mais à frente.

2.4. Julgamento de conflitos por tribunal administrativo (solução estatal não-jurisdicional de conflitos)

Há diversos tribunais administrativos que julgam conflitos.

O Tribunal Marítimo é um deles, cujo âmbito de competência abrange, por exemplo, a decisão sobre acidentes de navegação. Note-se que, embora se trate de órgão auxiliar do Poder Judiciário, a Lei n. 2.180/1954 expressamente menciona que esse Tribunal tem "jurisdição em todo território nacional": "Art. 1º - O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei".

Não se trata, porém, de órgão jurisdicional: "suas decisões constituem somente elemento de prova em ação judicial, com presunção relativa (*juris tantum*) de certeza. Manifesta-se quanto a responsabilidade técnica por acidentes de navegação".³⁰ É o que está prescrito no art. 18 da Lei n. 2.180/1954: "As decisões do Tribunal Marítimo, quanto a matéria técnica referentes aos acidentes e fatos de navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário".

Confira o art. 13, I, da Lei n. 2.180/1954: "Art. 13 - Compete ao Tribunal Marítimo: I - julgar os acidentes e fatos da navegação: a) definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão; b) indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei; (...)"

Registre-se, porém, que o Tribunal Marítimo pode funcionar como juízo arbitral, e, portanto, possuir atribuição jurisdicional, se assim for constituído pelos interessados, em litígios patrimoniais consequentes a acidentes ou fatos de navegação (art. 16, "f", da Lei n. 2.180/1954). *Apenas nesses casos pode-se entender que o Tribunal Marítimo produz título executivo judicial, porque apenas nesses casos exerce jurisdição (art. 515, VII, CPC); nos demais casos, o Tribunal Marítimo*

30. NERY JR, Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 279.

atua como tribunal administrativo. Não por acaso o inciso X do art. 515 do CPC foi vetado pela Presidenta da República: era evidente a sua inconstitucionalidade.

Raciocínio análogo pode ser aplicado às decisões do Tribunal de Contas, que, do mesmo modo, não exerce função jurisdicional, nem mesmo quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 71, II, CF/1988). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória.

Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Prova disso está no art. 71, §3º, da Constituição Federal, que afirma que as decisões do Tribunal de Contas da União de que resulte a imputação de débito ou multa têm eficácia de *título executivo extrajudicial*. Seguindo um mau vício comum na linguagem legislativa, a CF/1988, ao referir ao Tribunal de Contas da União, determina que ele terá "jurisdição em todo o território nacional"; na verdade, exercerá as suas funções administrativas em todo território nacional. Justamente por isso, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Não obstante isso, há *processo* perante o Tribunal de Contas, de natureza administrativa, pelo qual questões serão decididas por heterocomposição; e, sendo assim, a cláusula do devido processo legal deve ser observada.³¹

Situação semelhante ocorre com as agências reguladoras.

As agências reguladoras, entidades autárquicas que cuidam da regulação da atividade econômica, possuem, embora antes da administração indireta, funções de criar regras jurídicas gerais (poder normativo regulador da atividade econômica)

31. "I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a 'ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente'. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão". (STF, Pleno, MS n. 23550/DF, rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 31-10-2001, p. 6).

e de compor conflitos de natureza econômica (função reguladora judicante), além de outras tipicamente executivas. Interessa, agora, a segunda função.

A Agência Nacional de Petróleo tem a competência para fixar o valor e a forma de pagamento da remuneração ao proprietário dos dutos de transporte, caso não haja acordo entre as partes (art. 58, § 1º, Lei n. 9.478/1997). A Agência Nacional de Energia Elétrica tem competência para decidir os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores (art. 3º da Lei n. 9.427/1996).

As agências reguladoras têm o poder de dirimir conflitos. Sucede que essa *heterocomposição*, embora formalmente bem parecida com a solução jurisdicional, é apenas um equivalente jurisdicional, na medida em que é possível submeter ao Judiciário o controle das suas decisões, tanto sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto substancial (por ofensa ao devido processo legal substancial, por exemplo, ou ao princípio da isonomia).³²

Há quem veja no caso uma *função reguladora judicante*, de natureza jurisdicional ou, ao menos, "quase-jurisdicional".³³ A decisão da agência reguladora constitui "hipótese típica de ato administrativo".³⁴ Ao analisar o caráter do CADE de órgão "quase-judicial", Fábio Ulhoa Coelho não titubeia: "Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos".³⁵

O exemplo do CADE também é paradigmático.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica cabe, por exemplo, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

32. Sobre o controle judicial das decisões das agências reguladoras de um modo geral, com profundidade e extensão, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 247-346. Especificamente em relação às decisões do CADE, BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 151; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25-26; MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros de Discussão". In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130-131.

33. Sobre a polêmica, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125-127. Há quem considere essa atividade como jurisdicional, mas reconheça a possibilidade de controle de suas decisões perante o Poder Judiciário (PAULA, Daniel Giotti de. "Aplicação do CPC e dos princípios processuais nos processos junto ao CADE". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 55, p. 33).

34. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*, cit., p. 143.

35. COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro — Comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral etc. (art. 9º da Lei n. 12.529/2011). Essa função "judicante" é tão marcante que, no art. 4º da Lei n. 12.529/2011, o legislador chega a reputar o CADE uma autarquia "judicante", com "jurisdição" em todo território nacional.

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

3. ARBITRAGEM

É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e "imparcial" (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, *heterocomposição*. "Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados".³⁶

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988).

A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela Lei n. 9.307/1996. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção de arbitragem que, na forma do art. 3º da Lei n. 9.307/1996, compreende tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem.

36. CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.

Para efetivar a cláusula compromissória, costuma ser necessário que se faça um compromisso arbitral, que regulará o processo arbitral para a solução do conflito que surgiu. No entanto, se a cláusula compromissória for *completa* (contiver todos os elementos para a instauração imediata da arbitragem), não haverá necessidade de futuro compromisso arbitral.³⁷

O STF declarou, *incidenter tantum*, no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE n. 5.206-7, em 12.12.2001, a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos (efetivação da cláusula compromissória); do artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do CPC-1973; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Eis algumas características da arbitragem no direito brasileiro:

a) há a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§1º e 2º, Lei n. 9.307/1996): as partes podem escolher qual a regra a ser aplicável, podendo ainda convencionar que o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio;

b) árbitro (art. 13, Lei n. 9.307/1996): dois são os requisitos exigidos pela lei para o exercício das funções de árbitro: ser pessoa natural e ser capaz. Os árbitros têm o *status* de juiz de direito e de fato, sendo equiparados aos servidores públicos para efeitos penais;

c) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31, Lei n. 9.307/1996), que produz efeitos imediatamente;

d) a sentença arbitral é título executivo judicial (art. 31, Lei n. 9.307/1996; art. 515, VII, CPC): o árbitro pode decidir, mas não tem poder para tomar nenhuma providência executiva;

e) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e segs., Lei n. 9.307/1996).

37. "Muito embora o legislador brasileiro não tenha revolucionado a terminologia predominante, mudou por completo os conceitos: hoje, no Brasil, pode-se instituir arbitragem apenas e tão-somente com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso. O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: neste caso, por conta do disposto no art. 5º da Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se!" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 35).

Permite-se a arbitragem nos contratos administrativos, principalmente naqueles relacionados a atividades econômicas submetidas à regulação estatal (telecomunicações, art. 93, XV, da Lei n. 9.472/1997; exploração de petróleo e gás natural, art. 43, inciso X, da Lei n. 9.478/1997) e às parcerias público-privadas.³⁸

Os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996 expressamente admitem a arbitragem envolvendo o Poder Público: "§ 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."

Mas não é só.

Há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Lei n. 9.307/1996). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de "ação rescisória" de sentença arbitral, que deve ser ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral ou de seu aditamento (art. 33, § 1º, Lei n. 9.307/1996). Note que esta ação de impugnação da sentença arbitral apenas se funda em *error in procedendo*, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido.

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de noventa dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada).³⁹

Luiz Guilherme Marinoni apresenta, porém, diversos argumentos contrários à natureza jurisdicional da arbitragem.⁴⁰

Afirma o autor que a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis. Não parece que essa constatação exclua a natureza jurisdicional da arbitragem. Ao

38. Sobre o tema, com amplas referências, TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2007, às 14h36.

39. Também considerando a arbitragem como jurisdição, STJ, 2ª S., CC n. 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, J. em 8.5.2013.

40. MARINONI, Luiz Gullherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e segs.

escolher a arbitragem, o jurisdicionado não renuncia à jurisdição; renuncia, isso sim, à jurisdição exercida pelo Estado. É possível afirmar que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer que há monopólio de seu exercício. O Estado brasileiro autoriza, não só pela Lei, mas também em nível constitucional (art. 114, §§ 1º e 2º, CF/1988), o exercício da jurisdição por juízes privados. Perceba-se, ainda, que, ao escolher a arbitragem, os indivíduos não estão abrindo mão das suas garantias processuais básicas e indispensáveis (os corolários do devido processo legal), porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Ao prosseguir em sua argumentação, Marinoni defende que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, sendo indispensável que tenha prestado concurso público – nos termos do art. 93, I da Constituição Federal –, e esse poder é indelegável. Não haveria possibilidade de delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para um árbitro privado. Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois, p. ex., indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF/1988). E não há que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do Estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada, autorizada pelo Estado. Relembre-se, também, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Ministros de tribunais superiores são, por exemplo, nomeados pelo Presidente da República. A investidura do árbitro dá-se pela sua designação na convenção de arbitragem. Não há delegação aí. Haveria se o árbitro, uma vez indicado, delegasse a função a outro sujeito ou se o juiz estatal, uma vez provocado, transferisse, sem convenção de arbitragem, o julgamento da causa a um juiz privado.

Diz Marinoni, ainda, que uma das garantias mais importantes do cidadão frente à jurisdição é o princípio do juiz natural, que assegura a independência e a imparcialidade dos juízes (art. 95, I, II, III, IV e V, e parágrafo único, CF/1988), que devem ter a sua competência predefinida por lei. Ocorre que também a Lei de Arbitragem assegura um juiz imparcial (art. 21, §2º, Lei 9.307/1996), o que de resto é garantia constitucional aplicável a qualquer tipo de processo (estatal ou não-estatal). Demais disso, o árbitro deve ser pessoa de confiança de ambas as partes, escolhido por elas mesmas em ato de natureza normativa e negocial (convenção de arbitragem), o que faz pressupor que será sujeito independente e imparcial. A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem que, como norma jurídica que é, embora negocial, é a “lei prévia” exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

Outro argumento contrário à natureza jurisdicional da arbitragem é o fato de o árbitro não poder executar as suas decisões. A questão, aqui, é de incompetência e não de falta de jurisdição: a lei, ao permitir a arbitragem, atribui-lhe competência

apenas para certificar direitos, não para efetivá-los. Basta lembrar, por exemplo, a execução penal: normalmente, o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória (art. 65 da Lei n. 7.210/1984). A circunstância de o juiz não ter, neste caso, poder executivo não significa que não esteja investido da função jurisdicional. Falta-lhe, apenas, competência funcional.

Aduz o autor, ainda, que a arbitragem só serve para tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à “classe bastante restrita da população”, que pode pagar pelos seus custos, e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem. Parece, contudo, que não é esse um argumento contra a natureza jurisdicional da arbitragem. Trata-se de uma correta análise do panorama brasileiro de utilização da arbitragem. Não há impedimento que pessoas economicamente menos favorecidas utilizem a arbitragem como técnica de solução dos seus conflitos, tanto que é prevista a possibilidade de sua instituição na Lei de Juizados Especiais (art. 24, Lei n. 9.099/1995).

Daniel Mitidiero afirma que a arbitragem não é jurisdição, pois a validade de suas decisões pode ser controlada pelo Poder Judiciário (“outra estrutura que não aquela que lhe deu origem”).⁴¹ Assim, como uma das características da jurisdição é, como visto, exatamente a impossibilidade de revisão externa das suas decisões, a decisão arbitral não seria jurisdicional. O argumento só é válido se se partir da premissa de que o árbitro não é juiz e, pois, a decisão do juiz estatal pertence a “outra estrutura”; ou seja, para que a conclusão seja correta, ela mesma precisa ser a sua própria premissa. Quando a conclusão é igual à premissa (como o árbitro não é juiz, e a sua decisão pode ser controlada por um juiz, então ele não é juiz), há tautologia. Se se partir de outra premissa, a de que o árbitro exerce jurisdição, a possibilidade de controle da validade de suas decisões pelo juiz estatal seria uma questão de distribuição de competência funcional: um órgão decide, outro controla a validade da decisão, como já acontece com a competência recursal e a competência para processar e julgar ação rescisória de sentença, que são atribuídas a órgãos distintos daquele que proferiu a decisão que se busca desconstituir.

Some-se a tudo isso o fato de que só podem optar pela arbitragem os sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis. Trata-se de manifestação de sua autonomia privada, direito potestativo fundamental decorrente do direito à liberdade.

É preciso, porém, fazer um alerta: cláusula contratual que imponha arbitragem compulsória em contrato de adesão, principalmente quando as partes contratantes não estão em igualdade de condições no momento de celebração do negócio, é

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

abusiva, podendo, pois, ser invalidada. Nesse sentido é o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem".

4. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

4.1. Territorialidade

Os magistrados só têm autoridade nos limites territoriais do seu Estado; ou seja, nos limites do território da sua jurisdição. A jurisdição, como manifestação da soberania, exerce-se sempre em um dado território.

É com base neste princípio que surge a necessidade de as autoridades judiciárias cooperarem entre si, cada uma ajudando a outra no exercício da atividade jurisdicional em seu território. Surgem as cartas, como atos de comunicação entre órgãos jurisdicionais: a maior parte dos atos de interesse ao processo, que devam ser praticados fora dos limites territoriais em que o juiz exerce a jurisdição, dependerá da cooperação do juiz do lugar. Eis as cartas precatórias (juizes de mesma hierarquia no mesmo país) e rogatórias (juizes de países diversos), conforme o caso.

O CPC mitigou o princípio da territorialidade da jurisdição em algumas hipóteses.

No art. 60, o legislador diz que se o imóvel disputado estiver localizado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciárias, a competência do juízo que conhecer da causa se estenderá sobre todo o imóvel, mesmo em relação àquela parte que extrapola os limites territoriais da sua jurisdição.

No art. 255, permite-se a prática de atos de comunicação processual (citação, intimação e notificação) e atos executivos (penhora, p. ex.) em comarcas contíguas (limitrofes) de fácil comunicação ou da mesma região metropolitana, independentemente de carta precatória.

O CPC prevê também a colheita de depoimento à distância (das partes e das testemunhas), por meio de sistema de transmissão de imagem (art. 385, §3º; art. 453, §§1º e 2º). Há, ao que parece, um redimensionamento da territorialidade na jurisdição, em razão das vastas possibilidades de comunicação eletrônica, valendo-se da rede mundial de computadores.

Não se pode confundir a territorialidade da jurisdição com o lugar onde a decisão irá produzir efeitos. A decisão judicial produzirá efeitos onde tiver de produzi-los: uma decisão brasileira pode produzir efeitos no Japão, basta que se tomem as providências para a sua homologação em território japonês; um divórcio feito em Salvador produzirá efeitos em todo território nacional, pois o casal divorciado não deixa de sê-lo em Lauro de Freitas, comarca contígua a Salvador, nem mesmo em território pernambucano, outro Estado da federação; uma decisão

que determine que a União tome determinadas providências em aeroportos internacionais produzirá efeitos em todos os aeroportos internacionais do Brasil, e não somente naquele que esteja no território do juiz prolator da decisão. Enfim, o lugar onde a decisão tem de ser proferida não se confunde com o lugar em que ela deve produzir efeitos. Isso é fundamental para compreender o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (n. 7.347/1985), estudado no capítulo dedicado à competência coletiva, no v. 4 deste Curso.

4.2. Indelegabilidade

O exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito. Essa vedação se aplica integralmente no caso de poder decisório: não é possível delegar o poder decisório a outro órgão, o que implicaria derrogação de regra de competência, em violação à garantia do juiz natural. Há, porém, hipóteses em que se autoriza a delegação de outros poderes judiciais, como o poder instrutório, o poder diretivo do processo e o poder de execução das decisões.

É possível, por exemplo, a expedição pelos tribunais de cartas de ordem aos juizes a eles vinculados, solicitando algumas providências (ver, por exemplo, art. 972 do CPC).

Nas cartas precatórias não há delegação, pois sequer há competência (parcela de jurisdição) a ser delegada: o juiz, ao pedir a cooperação, simplesmente o faz porque não pode agir, daí porque também não poderia delegar.

Permite-se ao STF delegar atribuições para a prática dos atos processuais (art. 102, I, "m", CF/88) relacionados à execução dos seus julgados. Essa delegação deve ser feita a juizes de primeira instância⁴² e somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios.⁴³ "Qualquer incidente do processo executivo que demande julgamento deve, conseqüentemente, ser submetido à apreciação do tribunal".⁴⁴ Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente as causas previstas no art. 105, I, da CF/88, que, diversamente do que ocorre em relação ao STF, não prevê expressamente a competência para a execução

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, t. 4, p. 101; ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

43. "Seria absurdo que, em causa de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça ou qualquer outro tribunal ficasse vinculado a decisões proferidas por autoridade judiciária inferior, ou que só pudesse modificá-las se houvesse recurso. Bem se vê que delegação dessa natureza importaria comprometimento desmesurado da competência originária" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 121).

44. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, cit., p. 121. A propósito, o art. 343 do RISTF e art. 304 do RISTJ.

Mediação e Conciliação

Sumário - 1. A política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos. O princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição - 2. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - 3. Mediação e conciliação: distinções e semelhanças - 4. Normas que regem a mediação e a conciliação - 5. O centro de solução de conflitos - 6. As câmaras privadas de mediação e conciliação - 7. As câmaras administrativas de mediação e conciliação - 8. Considerações críticas.

1. A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS JURÍDICOS. O PRINCÍPIO DO ESTÍMULO DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO POR AUTOCOMPOSIÇÃO

Instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

O Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 125/2010 do CNJ confirma isso - a ela será dedicado o próximo item.

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: *a)* dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); *b)* estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); *c)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); *d)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); *e)* permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). A Lei n. 13.140/2015 disciplina exaustivamente a mediação, em geral, e a autocomposição perante o Poder Público.

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 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”.

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência - ver item mais à frente.

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* - obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

2. A RESOLUÇÃO N. 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Até a edição do CPC, o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação é a Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça.

Esta Resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1º); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art. 4º); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art. 7º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 12), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art. 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores.

A reprodução dos *consideranda* da Resolução cumpre bem a sua função didática, revelando com clareza a importância deste ato normativo e os seus objetivos: “CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República; CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009; CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que,

por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000¹.

3. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de *heterocomposição* do conflito; trata-se de exemplos de *autocomposição*, com a participação de um terceiro.

Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de “solução alternativa de controvérsias” (ADR, na sigla em inglês: *alternative dispute resolution*). O adjetivo, no caso, funciona para contrapor essas formas de solução dos conflitos à jurisdição estatal.

1. Esta Resolução foi claramente inspirada no pensamento de WATANABE, Kazuo. “Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses”. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2012.

Esses são os aspectos que aproximam as duas técnicas. A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil – e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção da autocomposição.

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Os §§2º e 3º do art. 165 do CPC ratificam essa diferenciação: “§ 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”. O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015 define a mediação – note que esse conceito não se contrapõe ao §3º do art. 165 do CPC: “Considera-se mediação a 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”.

Em ambos os casos, veda-se a utilização, pelo terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existente o processo jurisdicional. Neste último caso, o mediador e o conciliador são auxiliares da justiça. Esta qualificação é importante, pois a eles devem ser aplicadas as regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição (arts. 148, II, 170 e 173, II, CPC).

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal ou a entes como Defensoria Pública (art. 43 da Lei n. 13.140/2015), serventias extrajudiciais, associação de moradores,

escolas (art. 42 da Lei n. 13.140/2015) ou Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com um viés mais informal, em escritórios de advocacia, por exemplo. Há, ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, institucionalmente vinculadas à Administração Pública (arts. 167, 174 e 175, CPC).

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais (art. 167, CPC). É importante que se encare este tipo de atuação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça (art. 169, CPC). Nada impede, porém, que a mediação e a conciliação sejam feitas *pro bono*, como trabalho voluntário (art. 169, §1º, CPC).

Os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e o conciliador e a câmara privada para a realização da mediação ou conciliação (art. 168, CPC; art. 4º, *caput*, Lei n. 13.140/2015). A escolha pode recair em um profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal (art. 168, §1º, CPC). Neste caso, é preciso providenciar este cadastro (art. 167, *caput*).

O cadastro é importante, pois, os mediadores e conciliadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de se submeterem a reciclagens periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ).

De acordo com o art. 11 da Lei n. 13.140/2015, “poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

4. NORMAS QUE REGEM A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do *autorregramento da vontade*, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166, CPC).

A *independência* rege a atuação do mediador e do conciliador, que têm 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 obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável (art. 1º, §5º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010-CNJ).

A *imparcialidade* é, realmente, indispensável em um processo de mediação ou conciliação. Mediador e conciliador não podem ter qualquer espécie de interesse no conflito. Trata-se de um reflexo do princípio da impessoalidade, próprio da administração pública (art. 37, *caput*, CF/1988). A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade (art. 166, §3º).

O parágrafo único do art. 5º da Lei n. 13.140/2015 dispõe 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”.

O princípio do *autoregramento da vontade* é, como se sabe, corolário da liberdade. Na mediação e na conciliação, é um pressuposto e, ao mesmo tempo, a sua própria razão de ser: tudo é pensado para que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular. O mediador e o conciliador estão, por isso, proibidos de constranger os interessados à autocomposição.

A vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 166, §4º, CPC; art. 2º, §2º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010-CNJ). Muito a propósito, o §2º do art. 2º da Lei n. 13.140/2015 expressamente consagra o direito de a parte sair a qualquer momento do procedimento de mediação.

A *confidencialidade* estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes (art. 166, §1º, CPC). Mediador e conciliador têm, assim, o dever de sigilo profissional. Ambos, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (art. 166, §2º, CPC).

Os arts. 30 e 31 da Lei n. 13.140/2015 regulam o dever de confidencialidade na mediação, prevendo, porém, algumas exceções: “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. § 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: 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. § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 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. 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”.

A *oralidade* e a *informalidade* orientam a mediação e conciliação. Ambas dão a este processo mais “leveza”, sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível e não devem usar nenhum tipo de roupa solene (*veste talar, toga etc.*). É conveniente que a negociação se realize em ambiente tranquilo, se possível sem barulho, em mesa redonda e com as paredes pintadas com cor clara. Todos são aspectos cênicos importantes, pois permitem um diálogo mais franco, reforçando a oralidade e a informalidade.

É imprescindível, porém, que as partes sejam bem informadas. O consenso somente deve ser obtido após a correta compreensão do problema e das consequências do acordo. A informação garante uma participação dos interessados substancialmente qualificada. A qualificação da informação qualifica, obviamente, o diálogo. Eis o princípio da *decisão informada*. Avulta, neste momento, o papel do mediador e do conciliador, como condutores da negociação.

O art. 2º da Lei n. 13.140/2015 acrescenta, ao rol do art. 166 do CPC, mais alguns princípios que regem a mediação: *a)* isonomia entre as partes (art. 2º, II, Lei 13.140/2015); *b)* busca do consenso (art. 2º, VI, Lei 13.140/2015); *c)* boa-fé (art. 2º, VIII, Lei 13.140/2015).

Isonomia entre as partes (art. 7º, CPC) e *boa-fé* (art. 5º, CPC) são normas fundamentais do processo, já examinadas no capítulo respectivo desse *Curso*, e evidentemente também aplicáveis à conciliação.

Uma correta concretização do princípio da isonomia, no procedimento de mediação, está prevista no art. 10, par. ún., da Lei n. 13.140/2015. Como na mediação extrajudicial a presença de advogado ou defensor público é facultativa, o dispositivo determina que, “comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou

defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”.

A *busca do consenso* é a própria razão de ser da atividade de mediação, sendo a direção para onde todos os esforços devem ser apontados. Embora previsto apenas para a mediação pela Lei n. 13.140/2015, a busca do consenso é, também, princípio que rege a conciliação, que, conforme visto, é técnica também destinada a essa finalidade.

5. O CENTRO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os tribunais deverão criar centros de solução de conflitos. A criação destes centros e as suas linhas gerais estão previstas no art. 165, *caput*, CPC, e nos arts. 8º a 11 da Resolução n. 125/2010 do CNJ. É importante observar que a criação destes centros é obrigatória.

Estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, que ficarão a cargo de mediadores ou conciliadores – a realização da mediação ou da conciliação no próprio juízo onde tramita o processo deve ser encarada como algo excepcional (art. 165, *caput*, CPC). Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito (art. 165, *caput*, CPC, e art. 8º, *caput*, da Resolução n. 125/2010, CNJ).

Os centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (art. 9º, *caput*, Resolução n. 125/2010, CNJ).

As sessões de conciliação e mediação pré-processual devem realizar-se nestes centros.

6. AS CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação podem realizar-se perante câmaras privadas. Nos EUA, por exemplo, é o que normalmente acontece. Bem pensadas as coisas, talvez seja este o ambiente mais adequado para a solução negociada dos conflitos.

Essas câmaras possuem suas regras procedimentais, além de um quadro de mediadores e conciliadores cadastrados.

Tanto podem caracterizar-se como exercício de uma atividade lucrativa, como podem ser câmaras de conciliação de caráter comunitário, geridas por associações de bairro ou outras entidades não-governamentais sem finalidade lucrativa – como,

por exemplo, os sindicatos, com as suas comissões de conciliação prévia para as questões trabalhistas.

As câmaras de arbitragem costumam atuar, também, como instância de mediação e conciliação.

7. AS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Administração pública pode criar câmaras administrativas para solução consensual de conflitos (art. 174, CPC, art. 32 da Lei n. 13.140/2015).

Essas câmaras podem, por exemplo, ter competência para: a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.); b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p. ex.); c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta, instrumento negocial importante para a solução de conflitos coletivos (art. 5º, §6º, Lei n. 7.347/1985).

Os §§ 1º a 5º do art. 32 da Lei n. 13.140/2015 trazem regras gerais para o funcionamento dessas câmaras: “§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado. § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

De acordo com o enunciado n. 398 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, “As câmaras de mediação e conciliação têm competência para realização da conciliação, no âmbito administrativo, de conflitos judiciais e extrajudiciais”.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimento nº 5, de 27 de setembro de 2007, tem sua estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011². Trata-se de modelo

2. O art. 18 do Decreto n. 7.392/2010 estabelece a seguinte competência da CCAF: “I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II – requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III – dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades

muito interessante e que pode servir como paradigma para a criação de órgãos semelhantes nos outros entes federativos.

De acordo com o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015, "a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos".

8. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário³ ou como técnica de aceleração dos processos⁴. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.

É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.

da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados."

3. Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: "a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes - direito mais do que legítimo - passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos". ("Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.)
4. Com o grave risco de celebração de "acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos "resolvidos" ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional". (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. "Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos". *Revista Consultor Jurídico*, 31.08.2012.)

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)⁵. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

5. Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. "Contra o acordo". *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e segs. A propósito, eis o que afirma: "A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória. (FISS, Owen. "Contra o acordo", cit., p. 125).