**Universidade de Brasília- Faculdade de Direito**

Teoria Geral do Processo II

Prof. Dr. Vallisney de Oliveira.

Al. Fernanda Ribeiro Vasconcelos Merlo - 140139052

Resenha sobre o texto:

 “Acesso à justiça e modelo multiportas no novo CPC: meios integrados de solução dos conflitos- aprimoramento da conciliação e mediação – negócios processuais”, em JÚNIOR, Teodoro Humberto. Novo CPC- Fundamentos e sistematização. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, Capítulo 5.

1. **Introdução**

O judiciário brasileiro sofre, em uma intensidade crescente, um fenômeno de hiperjudicialização: indivíduos buscam a resolução de seus conflitos através do sistema, conflitos estes que são, em grande parte, solucionáveis por outros meios menos demandantes de uma organização que já trabalha acima de sua capacidade. O resultado de tal cultura de judicialização são processos cada vez mais longos e ineficientes, incapazes de satisfazer devidamente o interesse das partes e marcados por um comportamento não cooperativo e agressivo.

Para buscar uma solução para tal situação eminentemente caótica, o novo CPC 2015 deposita grande confiança em um modelo “multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção de meios alternativos”[[1]](#footnote-1). Dessa forma, busca-se desafogar a jurisdição formal e tradicional através do reforço de institutos como a mediação, a conciliação, uma audiência inicial voltada à autocomposição e o instituto dos negócios processuais.

1. **Desenvolvimento**

O art. 3º do novo CPC postula que:

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.

O dispositivo dá a base para que o *caput* do art. 334 afirme que “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”. Estabelece-se, assim, uma quase obrigatória passagem para os ditos ‘meios jurisdicionais alternativos’, de tal forma que para a autocomposição basta a vontade de uma das partes, uma vez que a referida audiência, conforme art. 334 § 5º, somente não ocorre quando ambos autor e réu manifestam, na petição inicial e em petição, respectivamente, seu desinteresse na solução autocompositiva. Duas mudanças cognitivas são visualizáveis nesse quadro: a primeira, que a petição inicial seja vista como “atividade preparatória de um potencial acordo[[2]](#footnote-2)”, e a segunda, que o não comparecimento injustificado na audiência tenha se tornado ato atentatório à dignidade da justiça, sujeito, portanto, à sanção (art. 334 §8º).

Busca-se assim, uma “mudança de racionalidade dos sujeitos processuais de modo a aprimorar tecnicamente o uso do processo democrático[[3]](#footnote-3)”, em uma dialética processual menos institucionalizada em um sistema passivo pré-formulado e mais exigente de uma participação ativa das partes. O objetivo final do CPC é tornar os Tribunais um último recurso, utilizável caso os demais meios falhem. Com isso obtém-se não somente um alívio do sistema oficial de jurisdição, mas também a possibilidade da adoção da solução mais adequada a cada litígio, uma vez que a autocomposição é fruto da própria deliberação das partes, o que contribui para a noção de uma Justiça que não seja ofertada somente nos Tribunais, mas também em uma lista larga e diversificada de opções, viabilizando, assim, o acesso à justiça garantido constitucionalmente (art. 5º XXXV, CF). Baseado nisso, estabeleceu-se duas metas a serem alcançadas pela nova legislação: “desburocratização do processo para reduzir sua duração temporal, e a valorização dos métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação (seja judicial ou extrajudicial[[4]](#footnote-4))”.

O movimento de desvinculação da associação obrigatória da Justiça a um sistema formal, burocrático e impositivo na sua heterogeneidade cresce no fim do século XX, tanto no exterior, especialmente na Itália, França, Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, quanto no Brasil, que desde 1988 tem em sua Constituição a previsão dos Juizados Especiais. O fenômeno ganha força e independência conforme é direcionado para causas independentemente de sua complexidade e passa a consolidar a ideia de um Tribunal Multiportas, detentor de métodos distintos de acesso à justiça, todos disponíveis aos cidadãos conforme suas necessidades. A partir dessas iniciativas em diferentes países, aprendeu-se que, idealmente, o profissional que presidisse a audiência conciliatória não poderia ser o mesmo a julgar o litígio; e que a fase inicial e pré-processual é a mais importante do processo, na qual se deve gastar mais tempo e energia, pois detém a capacidade de determinar a efetividade de todo o procedimento, concepção inversa à verificada atualmente na Justiça brasileira[[5]](#footnote-5). Nesse sentido, a conclusão lógica que se obtém é a de que a escolha do método mais adequado à solução do litígio é essencial à efetividade de razoável duração do processo. Buscando viabilizar tal situação de um acesso à justiça mais dinâmico e atento à realidade das partes, o novo CPC adota, em seu art. 165, a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, que funcionem sem prejuízo às câmaras privadas de conciliação e mediação, compostos por profissionais habilitados e cadastrados (art. 167). Procede-se, assim, à valorização de tais métodos, não mais realizados pelo próprio juiz, mas sim organizados e sistematizados conforme padrões de profissionalização, cuja violação produz uma sanção (art. 173), orientados por princípios (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, art. 166), e sujeitos às mesmas causas de impedimento e suspeição que qualquer outro auxiliar judiciário (art. 148). Vê-se, assim, a busca pela transformação de tais meios de ‘alternativos’ em integrantes legítimos e ativos da vivência judiciária cotidiana.

Entretanto, é necessário notar que a profissionalização e criação de centros requeridas se configuram como mais um gasto ao Estado, o que se contrapõe ao objetivo de otimização anunciado por tais ferramentas. Nesse contexto, os diversos centros de mediação criados pelas faculdades de direito brasileiras são uma opção extremamente viável e benéfica de cooperação entre o organismo oficial estatal e entidades paralelas.

Em meio às diversas opções de acesso à justiça almejadas pelo CPC, criou-se um modelo de triagem de casos (*screening process[[6]](#footnote-6)*) inspirado na experiência estadunidense:

1. A possibilidade inaugural de julgamento imediato de causas (improcedência liminar – art. 332) em hipóteses em que já exista direito jurisprudencial estabilizado (em versão constitucional do art. 285-A do CPC Reformado de 1973);
2. Audiência inaugural de conciliação ou mediação (art. 334), logo após a análise da petição inicial, na qual o conciliador ou mediador profissional, onde houver, atuará necessariamente;
3. Ou mesmo, a remessa imediata aos centros judiciários de solução consensual dos conflitos para que, mediante a ingerência de profissionais treinados, se busque dimensionar o conflito[[7]](#footnote-7).

Tal modelo, acertadamente, é controlado pela fiscalização normativa, obstando um ativismo excessivamente discricionário da parte do juiz, da mesma forma que o conciliador, conforme o art. 165 § 2º, é proibido de utilizar de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, e o mediador sequer pode sugerir soluções para o litígio, as quais devem advir do diálogo entre as partes (art. 165 § 3º). Por todos seus mecanismos, o novo CPC cria, assim, um “peculiar modelo multiportas no qual o processo judicial encampa a solução adjudicada (jurisdicional), além da possibilidade endoprocessual de uma conciliação e/ou mediação profissionalizada (art. 167)[[8]](#footnote-8)”.

O novo CPC, na busca de ferramentas dinâmicas de *case manegement*, institui inovadoramente nos arts. 190 e 191 a negociação processual, forma de flexibilização do processo criada na pandectística alemã na qual as partes definem, juntamente com o juiz, em uma posição de diálogo participativo e não impositivo, a contratualização das relações processuais, a cláusula de consensualidade. Tal instituto, por muito tempo inexpressivo mundialmente em razão da predominância do rigorismo formal, legalista, rígido e estatal, ganha força no final do século XX, com o a perda do protagonismo estatal na produção legislativa, e hoje se configura como uma tendência processual. Assim, abandona-se a concepção de contrato e processo como opostos, criando uma cooperação intra e extraprocessual regida pelos mesmos princípios seguidos pela Administração Pública, mas confiante na autonomia da vontade das partes limitada pelas garantias fundamentais do processo. A cláusula, assim, não versa sobre a matéria do litígio, e sim busca regulamentá-lo, personalizar seu método da forma mais eficiente e proveitosa às partes. É uma convenção pactuada fora do processo, mas com eficácia endoprocessual[[9]](#footnote-9).

A cláusula de consensualidade é, por sua própria natureza regulamentar do procedimento, de maior eficiência e aplicabilidade na fase pré-processual, na qual partes e juiz definem em comum acordo determinada flexibilização das definições legislativas processuais típicas. Tal flexibilização pode ocorrer de diversas formas, e sofre diferenciações em cada país: o Brasil optou pela *flexibilização por procedimento legal adaptável,* na qual “a lei estipula o rito a ser seguido, mas permite algumas modificações no curso do processo, pelo juiz ou pelas partes[[10]](#footnote-10)”. Apesar do CPC de 1973 aceitar ‘ajustes’ procedimentais, como a cláusula de eleição de foro, o instituto da negociação processual permite mudanças mais significativas, acerca da “condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais[[11]](#footnote-11)”, em acordos de natureza exclusivamente processual, limitados somente pelos requisitos dos direitos fundamentais processuais e do formalismo democrático. Ressalta-se que não há qualquer homologação judicial dos acordos celebrados entre as partes, conforme Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

As vozes na doutrina nacional que se levantam contra a cláusula de negociação processual afirmam sua inconstitucionalidade, por ferir os princípios da legalidade, devido processo legal e segurança jurídica. Entretanto, tal visão somente se adequaria em um contexto de legalidade estrita, inexistente na vivência jurídica atual, que passa por um quadro pós-giro linguístico e pós-positivista, no qual a importância maior é conferida aos princípios, maleáveis de acordo com a linguagem interpretativa. Ademais, deve-se levar em conta a necessária valorização da autonomia das partes, que têm direito de poder acordar entre si métodos para uma maior celeridade, economia, adequação e eficiência do processo, em uma abordagem gerencial moldável à realidade e ao contexto concretos[[12]](#footnote-12). Não se pode negar o benefício existente na mudança comportamental das partes, de uma posição agressiva e passiva para uma cooperativa e ativa.

A dinâmica da cláusula geral de negociação processual brasileira, exposta no art. 190 CPC, é ainda ousada no ponto que não delega somente ao juiz a função de gestão processual, mas, ao contrário, exige uma participação ativa, dialógica e cooperacional das partes, valorizando sua autonomia e, conforme o parágrafo único do referido dispositivo, somente cabe ao juiz invalidar tais convenções nos casos de nulidade (segundo os requisitos do formalismo democrático, do 190 parágrafo único e do 166 CC) ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Procede-se, assim, à relativização da tradicional visão verticalizada impositiva jurisdicional, agregando um elemento de grande força horizontal, movimento este que integra a aproximação do Direito Público e Privado, em sua principiologia e funcionamento.

O negócio jurídico processual, assim, como negócio jurídico, está sujeito aos planos de existência, validade e eficácia. Pode, portanto, ser inválido e eficaz, inválido e ineficaz, ou válido e ineficaz, uma vez que o negócio jurídico inexistente não é negócio jurídico (pressuposto). Júnior, para o plano da existência, cita como necessários agentes, vontade, autorregulamento da vontade, objeto e forma. A vontade processual, livre, não eivada de vícios e regulada pela boa-fé objetiva, deverá ser sempre ostensiva e de conhecimento de seu destinatário, ao tempo que o autorregulamento da vontade é mais limitado no processo do que no direito privado, uma vez que muitas vezes seus efeitos já são pré-estabelecidos, ainda que haja liberdade de escolha.

A validade tem como requisitos o art. 104 CC: capacidade do agente, a qual neste caso, também abrange a capacidade processual e a postulatória, além da de ser parte; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Ademais, exige-se a competência e imparcialidade (não atuar em casos de impedimento e suspeição) do juiz e do Ministério Público.

No plano da eficácia, o negócio jurídico processual pode conter condição, termo, encargo (modo) e consequências do inadimplemento integral (juros, multas, perdas e danos[[13]](#footnote-13)). A doutrina, porém, se divide acerca da possibilidade do negócio jurídico processual conter condições ou termos: para os contrários, não se pode submeter o acordo processual a um evento futuro, principalmente se incerto; Carnelutti, buscando solucionar a questão, admitia tal negócio somente nas condições legais, e não nas voluntárias[[14]](#footnote-14). Entretanto, Nogueira[[15]](#footnote-15) vê na suspensão convencional do processo (art. 313 II CPC) uma aplicação de condição voluntária aos negócios jurídicos processuais.

Adicionalmente aos critérios acima mencionados, o negócio jurídico deve conter a licitude do motivo determinante, adoção de solenidades que a lei considere essencial à validade do contrato e ausência do objetivo de fraudar a lei imperativa[[16]](#footnote-16). Nesse sentido, sendo os negócios jurídicos processuais fruto da autonomia da vontade das partes, pode este ser atualizado, situação esta regida imprescindivelmente pelo princípio do contraditório, o qual, para Redondo[[17]](#footnote-17), é formado por oito aspectos: bilateralidade da audiência (ampla defesa para todos os sujeitos processuais), paridade de armas (equidade, e não simples igualdade, entre as partes, art. 7º CPC), informação (ampla e geral a todos os sujeitos), possibilidade de reação (manifestação da parte em tempo válido), possibilidade de influência no resultado (inteligência da dinâmica de forma que a oitiva das partes se dê em momento capaz de alterar sua situação), direito de ver os argumentos considerados (norma esta positivada no art. 489 § 1º IV CPC), não surpresa para as partes (conforme o art. 10 CPC, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício), e observância aos deveres de cooperação, boa-fé e lealdade processuais (presente, entre diversos dispositivos, no art. 5º CPC). É dentro da concepção de ‘negociação’ do procedimento que o novo CPC estimula uma faceta importante da democracia participativa, qual seja, a coparticipação democrática no processo, ao invés do protagonismo judicial[[18]](#footnote-18), assim reforçando (e não desestabilizando) a segurança jurídica estabelecida pelas próprias partes em seu acordo, uma vez que as medidas personalizadas garantem o maior cumprimento do que foi decidido em comum benefício de ambos os sujeitos processuais. Nesse sentido, há uma menor chance de nulidades processuais, em contraposição à maior economia de tempo e recursos.

O Enunciado 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que o art. 189 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Assim, e conforme Júnior[[19]](#footnote-19), o CPC permite que sejam firmados negócios jurídicos processuais típicos, como a calendarização (art. 191), os acordos de saneamento (art. 357, §§ 2º e 3º), a redução consensual de prazos (art. 222 § 1º), escolha convencional de peritos (art. 471), e a cláusula geral de negociação processual (art. 190). Nesta nova seara, é fundamental “suplantar o paradoxo estatalismo *versus* privativismo para chegarmos a uma interpretação democrática dos negócios processuais[[20]](#footnote-20)”, principalmente no acordo de distribuição do ônus da prova, negócio jurídico que pode ser autônomo e realizado extra ou judicialmente, estando sujeito à invalidação caso incida no art. 373 § 3º I e II, recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Além dos negócios típicos, a cláusula geral do art. 190 permite também intervenções atípicas, mediante a intervenção de terceiros (não interessados) negociada e a negociação das regras delineadas para as intervenções típicas (as quais, mediante tal personalização, tornam-se atípicas).

É mister, assim, ressaltar que, para o negócio jurídico processual ser válido, este deve incidir sobre procedimentos que admitem a autocomposição, sendo estabelecido por sujeitos processuais capazes em posições de equidade, razão pela qual é vedado o negócio pré-estipulado em contratos de adesão ou que denotem vulnerabilidade de uma das partes[[21]](#footnote-21). Assim, o papel do juiz perante tais negócios, garantidores de uma autonomia das partes inovadora, seria o de *court management,* mediante a verificação da viabilidade e custo-benefício dos acordos realizados, principalmente na calendarização, a qual, se bem feita e acompanhada, gera grande crescimento na eficiência e economia do processo, eliminando os tempos mortos ao mesmo tempo que possibilitando às partes maior segurança jurídica (previsibilidade da duração do processo) e o tempo razoável, personalizado para cada caso, para a produção de provas, concretizando a gestão processual participativa. Nesse sentido:

“O calendário é fixado em cada processo de acordo com as peculiaridades da causa concretamente considerada: não se trata de mera atividade arbitrária do juiz, mas sim realizada em consonância, por exemplo, com a natureza da lide, urgência na solução da controvérsia, bem como sua complexidade, situação que, como aponta a doutrina italiana, mostra que o estabelecimento do calendário não é simples. O instrumento, para funcionar, vai exigir certamente maior engajamento do juiz, principalmente a análise mais acurada do conteúdo do processo no início de sua tramitação” (ANDRADE, *aput* em JÚNIOR, p. 297).

O negócio processual não se limita às questões materiais, podendo também incidir sobre atos procedimentais de cunho puramente processual, como a eleição consensual de foro. Ressalta-se, ainda, os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis de número 134, “negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”, e 255, “é admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

**3.0 Conclusão**

As inovações trazidas pelo novo CPC seguem uma tendência mundial marcada pela transição de um modelo processual rígido, verticalizado, formal, moroso, passivo e litigioso para uma visão do processo como diálogo dinâmico e consensual entre as partes e o juiz em posição horizontalizada, em um contexto coparticipativo com viés de informalidade, que busque alcançar um procedimento mais eficiente e econômico e que para isso depende de uma posição ativa das partes voltada à cooperação processual, com a qual podem flexibilizar e personalizar questões materiais e processuais de sua lide. Nesse contexto, valoriza-se e praticamente obriga-se a conciliação e a mediação para os casos em que estas se aplicam, uma vez que ambas as partes devem se manifestar contra o instituto para que não se realize o acordo conciliatório.

Dessa forma, o sistema de multiportas trazido pelo novo CPC viabiliza, através do *screening process,* um acesso amplo à justiça, não se atendo ao tribunal somente, que se constitui no novo modelo como a última opção, mas sim confiando a jurisdição a centros judiciários de solução consensual de conflitos, que funcionem sem prejuízo às câmaras privadas de conciliação e mediação. Busca-se, assim, uma maior variedade de acesso à justiça que sirva melhor a cada cidadão em seu litígio específico, afastando a visão da obrigatoriedade do tribunal e o necessário prolongamento moroso de questões simples.

Nesse contexto, permitir que as partes regulem seu próprio processo, em questões materiais e processuais, é um avanço que busca garantir ao processo maior eficiência, economia e segurança jurídica, e que imprescinde de uma posição dialógica das partes, abandonando a tradicional visão do processo como uma luta na qual não existem meios-termos. O que o art. 190 requer e possibilita é a concretização da democracia participativa através da coparticipação democrática no processo, mediante a garantia à autonomia das partes da personalização de seu próprio processo através de negócios jurídicos processuais válidos e eficazes. Para Júnior, “o instituto dos negócios processuais traz, portanto, uma oportunidade de desenvolvimento de um papel mais ativo para as partes, reforçando um modelo comparticipativo de processo, sem, contudo, recair num (neo) liberalismo processual[[22]](#footnote-22)”.

As mudanças trazidas têm grande potencial para criar um sistema dinâmico e mais eficiente, porém a experiência dirá se a cultura processual brasileira está capacitada para aceitar tal mudança de paradigma, uma vez que nenhum dos institutos do novo CPC terá qualquer eficiência caso as partes, seus advogados e os juízes não se proponham a adotar uma postura discursiva conciliatória e participativa que veja no diálogo a melhor forma de resolução dos conflitos. Deve-se, portanto, abandonar o tradicional rigor judicial quase autoritário e estabelecer uma dinâmica horizontalizada e flexibilizável por consenso, focada no formalismo democrático pós-positivista e auxiliada pelos princípios regentes de uma ordem jurídica justa e equitativa, como ampla defesa, devido processo legal, dignidade da pessoa humana e isonomia.

1. JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Novo CPC- Fundamentos e Sistematização.** 2ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 215, p. 241. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Idem,* p. 242. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Idem,* p. 244. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Idem,* p. 245. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Idem,* p.248. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Idem,* p.255. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Idem,* p.255 [↑](#footnote-ref-7)
8. *Idem,* p. 256. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Idem,* p. 261. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Idem,* p. 263. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Idem,* p. 267. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Idem,* p. 268. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Idem,* p. 285. [↑](#footnote-ref-13)
14. *Idem*, p. 286. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Idem,* p. 286. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Idem,* pp. 287-8. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Idem,* p. 288. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Idem,* p.289. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Idem,* p. 291. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Idem,* p. 292. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Idem,* p. 296. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Idem,* p. 300. [↑](#footnote-ref-22)