



Paula Sarno Braga

Processo Civil

Teoria Geral do Processo Civil

12^a
Edição

Revista,
atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



Introdução ao Direito Processual Civil

1. CONFLITO DE INTERESSES E LIDE

Todo sujeito tem necessidades. O bem é o ente capaz de satisfazer tais necessidades com suas utilidades (tal como um medicamento atende ao homem adoecido ou o desagravo público satisfaz aquele cuja honra foi ofendida).

E quando o sujeito com dada necessidade é colocado diante de bem apto a satisfazê-la surge o interesse. Daí dizer-se que o interesse (primário ou final) é a situação favorável à satisfação de uma necessidade (CARNELUTTI, 2006, p. 85-88).

Mas os bens, muitas vezes, são limitados, enquanto as necessidades não o são. Vive-se uma insuficiência dos bens para satisfação das necessidades, o que leva aos conflitos intersubjetivos (entre sujeitos) de interesses.

Além disso, há bens que, embora não tão limitados ou simplesmente disponíveis, despertam interesses que se chocam entre si (ex.: a honra lesada com reportagem difamatória ou o meio ambiente desequilibrado com atividade produtiva poluente).

E tais conflitos, quando não se diluem na sociedade, podem levar à disputa entre os interessados, marcada por atitudes de pretensão e resistência.

A **pretensão** é a exigência de prevalência do interesse próprio em detrimento do interesse do outro. É exigência de subordinação. Mas se aquele cujo interesse se pretende subordinar resiste, diz-se, instala-se uma **lide**, que, na mais clássica definição, é **conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita** (CARNELUTTI, 2006, p. 102).

É tradicional a lição de que o mérito (conteúdo) do processo jurisdicional é sempre uma lide, visando ele a justa composição da lide. Essa posição foi adotada pelo autor do CPC-1973, Alfredo Buzaid, que, na sua exposição de motivos, explicita que o termo lide é usado na lei como sinônimo de mérito da causa (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 188). Isso não ocorre no CPC-2015, em que se observa a opção de **substituir a termo lide por, simplesmente, “mérito”** (ex.: arts. 355, 356, 503, *caput*, e § 1.º, I).

Essa postura legislativa tem explicação.

De um lado, porque **nem todo processo contém uma lide**. Versa, muitas vezes, sobre situação jurídica não litigiosa:

- i) seja por ser direito estritamente relacionado a um só sujeito (ex.: direito de alterar seu nome), ressalvados arts. 56 e 57, da Lei n. 6.015/1973, redação dada pela Lei n. 14.382/2022); (DIDIER JR., 2011, p. 97);
- ii) seja por tratar-se de direito ainda não violado, não havendo, por enquanto, pretensão a ser resistida – sendo este um caso em que se quer evitar e não reprimir a violação ao direito e, portanto, o próprio litígio (ex.: ações preventivas, como aquela em que se quer impedir a inserção do nome do consumidor no SERASA);
- iii) seja por cuidar-se de direito potestativo que não conduz à pretensão a ser resistida, porquanto seja dispensada atitude, comportamento de outrem, para a sua realização (ex.: direito de anular um contrato ou de separar-se judicialmente) (MITIDIERO, 2005, p. 116 e 117);
- iv) seja por ter como objeto a definição de tese jurídica a ser aplicada a casos repetitivos (DIDIER, V. 1, 21 ed, 2019, p. 200) – em especial quando a parte desiste ou abandona a demanda ou recurso, e o processo subsiste somente para fixação da tese modelo a ser aplicada a outros casos semelhantes (art. 976, §1.º, e 998, CPC).

O processo é, enfim, método de exercício da jurisdição e visa tutelar situações jurídicas concretamente consideradas que não são necessariamente litigiosas.

De outro lado, **nem toda lide está contida em um processo**. É fenômeno sociológico que pode dissipar-se no próprio meio social: i) ou de forma belicosa, através da chamada vingança privada; ii) ou de forma pacífica, com atitudes de renúncia à sua pretensão ou submissão à pretensão do outro, senão, simplesmente, com uma composição amigável.

A despeito de tudo isso, a lide, quando trazida ao processo – e, portanto, processualizada –, é vista como seu mérito (conteúdo). E o processo jurisdicional, em casos tais, teria como um dos seus fins a justa composição da lide, contribuindo para harmonização social.

2. FUNÇÕES DO DIREITO

O homem é um animal social. Onde há homem, há sociedade. Onde há sociedade, há direito. (“Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus”).

Resta definir quais são as funções mais necessárias e universais do direito no seio da sociedade.

2.1. Direção de condutas

A primeira grande função do direito é de direção de condutas. Estabelece normas que determinam pautas de comportamentos tidos como socialmente desejáveis (ex.: o pagamento de IPVA pelo contribuinte proprietário de automóvel,

a troca de produtos avariados pelo seu fornecedor etc.). Revela, pois, a aptidão do direito de fazer com que grupos sociais aceitem os modelos normativamente estabelecidos (ROCHA, 2003, p. 28-29).

Mas nem sempre tais normas são simplesmente cumpridas. Há casos em que o seu cumprimento depende de intervenção estatal (ex.: interdição do pró-dígio ou alteração de nome), ressalvados arts. 56 e 57, da Lei n. 6.015/1973, redação dada pela Lei n. 14.382/2022) e há casos em que seu cumprimento depende de comportamento não adotado pelo adversário (ex.: não pagamento do IPVA ou recusa à troca do produto avariado).

E do seu não cumprimento podem surgir problemas/conflitos concretos, que desarmonizam o grupo social.

2.2. Tratamento dos conflitos

Em sendo o conflito inerente à vida social, a segunda função primordial do direito é o tratamento de tais conflitos. Estabelece normas voltadas a gerir e solucionar essas situações conflituosas.

Nesse particular, cabe ao direito estabelecer tanto as normas que servem de critério para resolver o conflito (chamadas normas materiais), como, também, normas que servem para disciplinar a forma como será resolvido o conflito (chamadas normas processuais).

Assim, é a categoria do conflito que vai possibilitar uma explicação racional da diferença entre os dois tipos de normas do sistema jurídico: normas substanciais e normas processuais (ROCHA, 2003, p. 27-29).

O conflito a ser administrado por esta função do direito nasce exatamente da inefetividade das normas de direção, da falha de sua função diretiva, e visa, em última instância, dar-lhes efetividade.

3. MODOS DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS

O “direito é essencialmente violável” (CALMON DE PASSOS, 1957, p. 7), é falho, e o grupo social não pode ignorar essa realidade.

A proteção do direito é indispensável para que se garanta a convivência humana. Por isso, o Estado, por meio de um longo processo histórico, foi tomando para si a função de “restabelecer a ordem jurídica quando violada, ou mesmo de preservá-la, se apenas ameaçada de violação, ou simplesmente de integrá-la” (CALMON DE PASSOS, 1957, p. 7).

Mas nem sempre houve um ente estatal soberano para tomar para si a titularidade deste poder de resolver conflitos. Esse poder não nasce com o Estado nem é essencialmente estatal, podendo ser exercido pelas próprias partes em conflito ou por terceiro desinteressado.

Assim, os modos de solução de conflitos devem ser classificados de acordo com a titularidade do poder de decidí-los. Se o titular do poder de decidir são

as partes, isolada ou conjuntamente, tem-se a autocomposição (ou autonomia). Se o titular desse poder é terceiro, tem-se a heterocomposição (ou heteronomia) (ROCHA, 2003, p. 30).

3.1. Autocomposição

Primitivamente, não havia propriamente uma autoridade ou poder soberano apto a fazer valer o direito (a ordem jurídica estabelecida) e resolver conflitos sociais entabulados de forma imperativa. A solução era dada pelos próprios litigantes – fosse de forma pacífica, pela chamada conciliação (ou autocomposição no seu sentido mais estrito), fosse de forma belicosa, pela autotutela.

É o que ocorre, atualmente, com os conflitos internacionais. Na ausência de uma autoridade supraestatal, resta, muitas vezes, o recurso às formas de autonomia (acordos internacionais, guerras, cessar fogo) – não raro, com uso da figura do mediador (terceiro incentivador da solução).

Mas, ainda hoje, a autocomposição e a autotutela são inseridas dentre os meios adequados (e não jurisdicionais) de solução dos conflitos e subsistem em nosso ordenamento.

3.1.1. Autotutela

A autotutela, também chamada de autodefesa, é meio egoísta de solução do conflito, em que a parte mais forte e sagaz, impositivamente, faz prevalecer o **interesse próprio em prejuízo do interesse alheio**.

É vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. Aqui, foi **erigida à condição de crime**, tendo sido tipificada como exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) e exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do CP). Se a autodefesa foi um dia meio quase solitário de solução dos conflitos, hoje a lógica se inverte, criminalizando-se esse tipo de comportamento indesejado para a manutenção da paz e harmonia social.

No entanto, considerando a relevância de dados direitos e a impossibilidade de o Estado sempre socorrer seu titular em tempo e de forma satisfatória contra a agressão injusta (CALMON DE PASSOS, 1957, p. 12), há casos excepcionais em que se legitima a autodefesa, submetendo-a, contudo, a controle jurisdicional posterior. São exemplos: a greve, o direito de retenção, estado de necessidade, a legítima defesa, o desforço imediato etc.

3.1.2. Autocomposição (em sentido estrito). Conciliação

A autocomposição em sentido estrito (ou conciliação) é meio abnegativo de solução do conflito, em que uma ou ambas as partes aceita voluntariamente abrir mão, total ou parcialmente, do **interesse próprio em benefício do interesse alheio**.

Pode ser **atitude unilateral**, quando uma das partes abre mão do seu interesse, seja com a **renúncia** à própria pretensão, seja com a **submissão (ou reconhecimento)** à pretensão do outro.

Pode ser **atitude bilateral**, quando ambas as partes abrem mão de parte do seu próprio interesse, fazendo concessões mútuas, quando se tem a chamada **transação**.

Trata-se de forma legítima e estimulada para solução de conflitos que envolvem interesses passíveis de conciliação, a ser realizada judicial ou extrajudicialmente – como se percebe, por exemplo, dos arts. 3.º, §§ 2.º e 3.º, 139, V, 165-175, 190, 334, 359, 515, II e § 2.º, 695, 725, VIII, 784, IV, todos do CPC, da Lei n. 13.140/2015 e da Resolução n. 125/2010, CNJ.

O art. 3.º, § 2.º, CPC, prevê que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Seria fonte de consagração de um **princípio do estímulo da solução por autocomposição**, como diretriz para toda atuação estatal de resolução de conflitos.

Há uma verdadeira **política pública de tratamento adequado dos conflitos** (Resolução n. 125/2010, CNJ). O seu **objetivo** é incentivar a **participação do indivíduo na construção da decisão** do seu conflito, no exercício de sua liberdade e poder de autorregramento da sua vontade, e reforçar, assim, a atuação popular e democrática no exercício do poder de resolver conflitos. A diminuição da quantidade de processos pendentes perante o Judiciário e a rapidez na solução desses conflitos é só uma consequência disso e, não, o fim visado. Por isso, não se justifica qualquer postura estatal no sentido de forçar ou intimidar as partes a selarem acordo (DIDIER, 2015, v. 1, p. 273, 274 e 280).

Enfim, pontue-se ser possível que a autocomposição (em sentido estrito) conte com a **colaboração de um terceiro (mediador ou conciliador)** que exerça o papel de estimular as partes a que cheguem a uma solução do conflito.

► **Atenção!**

O art. 3.º, § 3.º, CPC, ao tratar das normas fundamentais do processo civil, estabelece que a **conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual** de conflitos **deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, o que abrange:

- i) a recuperação judicial e a falência, em qualquer grau de jurisdição (art. 20-A, Lei n. 11.101/2005 e enunciado n. 618 do FPPC) – sendo que o art. 22, I, “j”, Lei n. 11.101/2005, prevê que cabe ao administrador judicial (sob fiscalização do juiz e do Comitê) estimular, sempre que possível, nesse contexto, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, respeitados os direitos de terceiros;
- ii) a execução e a liquidação de sentença (mediante apresentação de plano de cumprimento da prestação, cf. enunciado n. 485 do FPPC); assim como
- iii) o processo de improbidade administrativa (cf. enunciado n. 617 do FPPC).

Assim, a mediação e a conciliação podem ocorrer no âmbito **judicial ou extrajudicial**. Em sendo judicial, o conciliador e o mediador serão sujeitos do processo. Por essa razão, o art. 149, CPC, insere o **conciliador e o mediador** dentre os **auxiliares de justiça**, o que implica sua submissão a todas as regras instituídas para essa categoria de sujeitos processuais, inclusive aquelas relativas à suspeição e impedimento (cf. arts. 148, II, 170 e 173, II, CPC). Junto a isso, no Capítulo III, do Título IV, do Livro III, do CPC, foi inserida a Seção V, que conta com onze artigos (art. 165-175) exclusivamente dedicados à disciplina desses novos sujeitos processuais (mediador e conciliador).

Interessante pontuar que o art. 165, §§ 2.º e 3.º, define a atuação do conciliador e do mediador, diferenciando-os. Ambos são colocados como terceiros imparciais que visam a autocomposição. Mas o **conciliador** tem como foco a **solução do conflito** (quando não há vínculo anterior entre as partes conflitantes) e o **mediador** o **conflito em si** (quando há vínculo anterior entre elas, a ex. do familiar ou societário), para que as partes cheguem à sua solução. O conciliador propõe soluções (art. 165, § 2.º, CPC), já o mediador auxilia as partes na compreensão do conflito para que elas identifiquem e proponham soluções (art. 165, § 3.º, CPC).

A **Lei n. 13.140/2015** disciplina a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. No seu art. 1.º, parágrafo único, **define a mediação**, na mesma linha do CPC, como “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”.

O regramento do CPC-2015 e da Lei n. 13.140/2015 afina-se com os propósitos da Resolução n. 125/2010, CNJ, que também traz regras importantes sobre o tema.

Com base nesses diplomas normativos, pode-se afirmar, ainda, que:

- a) **são princípios orientadores da mediação e da conciliação**, a imparcialidade do mediador/conciliador, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade e a decisão informada (art. 166, CPC, c/c art. 2.º, Lei n. 13.140/2015). Especificamente para a mediação, o art. 2.º, da Lei n. 13.140/2015, acrescenta, como diretrizes principiológicas, a independência, a isonomia das partes, a busca do consenso e a boa-fé, que, numa visão sistemática, teleológica e constitucional, tendem a ser igualmente consideradas no âmbito da conciliação. No mais, há alguns desdobramentos desses princípios:
 - i. como manifestação da autonomia da vontade, a **voluntariedade da submissão ao procedimento de mediação**, na medida em que se dispõe que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (§ 2.º, art. 2.º, da Lei n. 13.140/2015). A despeito disso, em sendo a mediação estabelecida por cláusula contratual, estabelece o legislador o dever de as partes comparecerem à primeira reunião de mediação, sob pena de a parte convidada e ausente assumir cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso seja vitoriosa em processo arbitral ou judicial posterior (art. 2.º, § 1.º, e art. 22, § 2.º, IV, da Lei n. 13.140/2015, art. 2.º, II, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo III da Resolução n. 125/2010, CNJ);
 - ii. ainda como manifestação da autonomia da vontade, a **voluntariedade na construção das regras e do procedimento de mediação/conciliação**, que “serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (art. 166, § 4.º, CPC), admitindo-se o uso de técnicas negociais que favoreçam o consenso (art. 166, § 3.º, CPC). A Lei n. 13.140/2015 estabelece inúmeras regras sobre o procedimento a ser adotado na mediação judicial ou extrajudicial, que poderão ser afastadas ou remodeladas pela vontade das partes, como se extrai desse dispositivo, desde que isso não aniquile ou comprometa irrazoavelmente exigências constitucionais como a isonomia ou a boa-fé;
 - iii. além disso, essa mesma autonomia da vontade (inerência ao princípio da liberdade) determina e justifica a própria existência da mediação e da conciliação, cujo foco central é permitir **voluntariedade da decisão**, i.e., que a **vontade das partes dite a solução** do conflito. Não se admite que o conciliador ou o mediador se valha de nenhum tipo de pressão ou constrangimento para forçá-las a chegar a um acordo. A decisão deve ser voluntária e, não, coercitiva (art. 2.º, II e III, do Código de Ética de

Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo III da Resolução n. 125/2010, CNJ). É pressuposto necessário para que exista uma voluntariedade efetiva e qualificada na construção da decisão que as partes estejam devidamente informadas, de modo a que possam compreender o conflito, os termos do diálogo que travam e as consequências da sua decisão. Por isso, a decisão, para ser voluntária, deve ser informada (art. 166, CPC, c/c art. 2.º, Lei n. 13.140/2015, e art. 2.º, I e V, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo III da Resolução n. 125/2010, CNJ). Além disso, “o sucesso ou insucesso da mediação ou da conciliação não deve ser apurado apenas em função da celebração de acordo” (cf. enunciados n. 625, FPPC);

- iv. no contexto da **extensão subjetiva da confidencialidade da mediação e da conciliação**, o estabelecimento do dever profissional de sigilo do **mediador/conciliador e toda sua equipe**, que são proibidos de divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos decorrentes da conciliação ou da mediação (art. 166, § 2.º, CPC), bem como das partes, seus prepostos, advogados e todos aqueles de confiança das partes que participaram direta ou indiretamente do procedimento de mediação, dentro dos limites do art. 30, § 1.º, 3.º e 4.º, e art. 31 da Lei n. 13.140/2015. Fica estabelecida, assim, uma nova hipótese de dever de silêncio que autoriza escusa a depor (art. 388, II, CPC). Firma-se, ademais, no art. 30, da Lei n. 13.140/2015, que a confidencialidade da mediação é **oponível a terceiros**, não podendo ser excepcionada nem mesmo em processo arbitral ou judicial, salvo se essa for a vontade das partes (por decisão expressa) ou da lei, ou se isso se impuser para viabilizar o cumprimento do acordo daí oriundo;
- v. no que se refere à **extensão objetiva da confidencialidade da mediação e da conciliação**, consta a previsão de que a confidencialidade abrangerá **toda e qualquer informação** produzida ao longo do procedimento, que não poderá ser empregada para fim diverso daquele expressamente eleito pelas partes (art. 166, § 1.º, CPC);
- b) **podem ser objeto da mediação** (e, por analogia, da conciliação) os direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam “transação” (art. 3.º, Lei n. 13.140/2015) – até porque a indisponibilidade do direito material, por si só, não impede a celebração de autocomposição (cf. enunciado n. 717, FPPC). Apesar do emprego do termo “transação”, tudo indica que o legislador quis referir-se aos direitos indisponíveis que comportam “autocomposição”, expressão com significado mais amplo, como visto acima. Entretanto, em sendo o direito indisponível e conciliável, o acordo das partes depende de homologação judicial, mediante prévia oitiva do MP (art. 3.º, § 2.º, Lei n. 13.140/2015) – também se submetendo à homologação judicial, aquele firmado no bojo de recuperação judicial (art. 20-D e 3.º, da Lei n. 11.101/2005, alterado pela Lei n. 14.112/2020);
- c) quanto à **extensão da mediação** (e, também, por analogia, a conciliação), pode ser ela **total ou parcial**, se versar sobre todo o conflito ou parte dele, respectivamente (art. 3.º, § 1.º, Lei n. 13.140/2015);
- d) no que se refere ao **contexto em que podem ocorrer** a mediação e a conciliação, admite-se que seja **público ou privado**, ou seja, em câmaras públicas institucionais, vinculadas a um determinado tribunal, em câmaras privadas (inclusive, por uma câmara de arbitragem, como costuma ocorrer), em escritórios de advocacia, ou em outros ambientes mais ou menos informais. A mediação e a conciliação podem ocorrer, também, em **câmaras administrativas**, vinculadas à administração pública (cf. arts. 167, 168, 174 e 175, CPC) (DIDIER, 2015, p. 276). O art. 174, CPC, dispõe que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação com “atribuições relacionadas à solução consensual de **conflitos no âmbito administrativo**,

tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”. Demais disso, o art. 7º-A, II e III, da Lei n. 8.935/1994 (inseridos pela Lei n. 14.711/2023, que trata de mecanismos extrajudiciais para recuperação de crédito), dispõe que compete, igualmente, aos tabeliões de notas, atuar como mediadores e conciliadores (ou até mesmo árbitros).

Nesse contexto, o art. 165, CPC, e os arts. 8.º a 11, da Resolução n. 125/2010, instituem, para os tribunais, o **dever de criar centros judiciários de solução consensual** dos conflitos, aos quais incumbirá: a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, a cargo de mediadores e conciliadores; b) o atendimento e a orientação do cidadão no que se refere à solução do seu conflito; assim como c) o desenvolvimento de programas voltados para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Serão integrados por juiz coordenador – e, quando necessário, por um juiz adjunto –, que irá administrá-lo, homologar acordos e supervisionar a atuação dos conciliadores e mediadores (art. 9.º, Resolução n. 125/2010, e art. 165, § 1.º, CPC). É nesses centros que, em regra, ocorrerá a conciliação e a mediação pré-processual – senão, excepcionalmente no órgão jurisdicional designado, mas, ainda assim, por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (arts. 7.º, VI, 8.º, § 1.º, e 9.º, Resolução n. 125/2010).

O art. 11 da Resolução n. 125/2010, CNJ estabelece que, no CEJUSCs, “*poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados*”, tornando facultativa sua presença (dispositivo cuja constitucionalidade foi ratificada pelo STF, Pleno, ADI n. 6.324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 22.08.2023, publicado no DPJ em 04.09.2023, concluindo ser de competência do CNJ regerar políticas públicas dos tribunais para tratamento adequado dos conflitos jurídicos, e não haver violação a princípios constitucionais processuais como contraditório ou defesa técnica, por não exigir o 133 CF intervenção do advogado em toda via de solução de conflito).

Demais disso, optando as partes pelo Juízo 100% Digital, e pela prática de todos os atos processuais exclusivamente pela via eletrônica e remota, através da internet, na forma do art. 5º, da Resolução n. 345/2020, do CNJ, as audiências e sessões ocorrerão “exclusivamente por videoconferência”. As partes poderão requerer a sua participação por videoconferência em sala a ser disponibilizada pelo Poder Judiciário.

Agora, na forma da Lei n. 11.101/2005, alterada pela Lei n. 14.112/2020, a conciliação e a mediação no rito de recuperação judicial (ex.: sobre disputas entre os sócios e acionistas de sociedade, entre outras hipóteses do art. 20-B, da Lei n. 11.101/2005) podem ser pré-processuais ou processuais, e realizadas por meio virtual, otimizando o ato, evitando deslocamentos desnecessários dos envolvidos e permitindo a maior participação e adesão dos credores (cf. MAZZOLA; CÂMERA, 2021). Será virtual se o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejudsc) do tribunal competente ou a câmara especializada responsável dispuser de meios para a sua realização. A conciliação e a mediação não suspende os prazos previstos na lei, salvo se houver negociação entre as partes ou determinação judicial nesse sentido (arts. 20-A e 20-D, Lei n. 11.101/2005).

No mais, o regramento dessas novas figuras (mediador e conciliador), no âmbito da mediação judicial, será oportunamente abordado em capítulo dedicado aos sujeitos processuais.

► Atenção!

O **dispute boards**, ou também denominado **comitê de prevenção e solução de disputas**, é um dos meios adequados de solução de conflitos. Trata-se de comitê composto por três profissionais imparciais, que acompanham a execução de contratos e desenvolvimento de projetos, e, a partir de uma visão privilegiada e atual do seu andamento, previnem e auxiliam a resolução de disputas que, porventura, venham a surgir.

A Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) reconheceu, pela primeira vez, em seus arts. 151 a 154, a legalidade da utilização de *dispute boards* na prevenção e resolução de controvérsias, ao lado da conciliação, da mediação e da arbitragem (BUENO; 2022).

O *dispute boards* diferencia-se pelo momento em que esse comitê é constituído, o que geralmente já ocorre no início da relação contratual, e, portanto antes mesmo que algum desentendimento ou desavença entre as partes possa se instalar (PASCOALI; OLIVEIRA, 2021).

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

No concurso para provimento de cargo de **Juiz Leigo do Tribunal de Justiça do Ceará em 2019 (Consulplan)** foi exigida a seguinte questão:

Considere a seguinte assertiva: "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". Nos termos do Código de Processo Civil, a assertiva é:

- FALSA, pois a conciliação não pode ser estimulada no curso do processo judicial.
- FALSA, pois o princípio da neutralidade impede que o juiz estimule a solução consensual de conflitos.
- VERDADEIRA, correspondendo a um dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico brasileiro.
- VERDADEIRA, correspondendo a uma norma não positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra "C".

No Concurso para provimento do cargo de **Promotor de Justiça – MPE – AM/2023 (CESPE)**, foi exigida a seguinte questão:

Conforme as regras previstas na Lei n.º 13.140/2015, que trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, é expressamente vedado que o mediador

- se reúna separadamente com uma das partes do conflito, porque a atividade de mediação deve ser realizada sempre na presença de todos os interessados.
- atue na solução extrajudicial de conflitos coletivos, em razão da indisponibilidade dos interesses de grupo.
- participe de mediação que envolva conflito jurídico se não for bacharel em direito.
- testemunhe ou atue como árbitro em processo arbitral ou judicial referente a conflito em que realizou mediação.
- receba remuneração por tal atividade, sendo essa função realizada a título honorífico e reconhecida como prestação de relevante serviço público.

Segundo o gabarito oficial, a resposta correta consta na letra "d".

No Concurso para provimento do cargo de **Procurador do Município de Queixada/CE, de 2016**, considerou-se correta a seguinte assertiva: “A Lei nº 13.105/2015, CPC/15, consagra o princípio da promoção pelo Estado da solução por autocomposição, ou seja, uma política pública de solução de litígios, entendimento que já era adotado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, especialmente na Resolução nº 125/2010”.

No concurso para provimento de cargo de **Defensor Público do Mato Grosso em 2022 (FCC)** foi exigida a seguinte questão:

A Lei nº 13.140/2015 regulamentou a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. De acordo com o referido diploma legal,

- a) decorrido o prazo de cento e oitenta dias, contado do término da última audiência em que atuou, o mediador poderá assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.
- b) a confidencialidade da mediação em relação a terceiros implica na impossibilidade de divulgação de suas informações em processo judicial, em qualquer hipótese.
- c) ao mediador se aplicam as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.
- d) a existência de processo judicial em curso impede que as partes se submetam à mediação.
- e) o início do procedimento de mediação não implicará em suspensão do prazo prescricional.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra “C”.

No concurso para provimento de cargo de **Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná em 2019** foi exigida a seguinte questão:

Assinale a alternativa correta a respeito da conciliação e da mediação judicial, nos termos do Código de Processo Civil de 2015:

- a) Como o Ministério Público tem a função de fiscal da ordem jurídica, a legislação não lhe impõe a busca pela conciliação nem pela mediação.
- b) O princípio da confidencialidade da conciliação e da mediação não se estende para a tomada de decisão do magistrado, caso a tentativa de composição resulte infrutífera.
- c) O conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
- d) O Código de Processo restringe a atuação de um único conciliador ou mediador, por processo.
- e) A conciliação é indicada para casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra “C”.

No concurso para provimento de cargo de **Defensor Público do Estado do Ceará em 2022 (FCC)** foi exigida a seguinte questão:

Segundo disposição expressa da Lei nº 13.140/2015,

- a) a mediação é regida, entre outros, pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, celeridade, economia processual e imediatidade.
- b) a mediação é admissível em conflitos que versem sobre qualquer interesse transacionável, exceto se relacionado a direitos indisponíveis.
- c) o mediador deve atuar com imparcialidade e observar a isonomia entre as partes, sendo-lhe vedado reunir-se separadamente com alguma delas.
- d) solucionado o conflito em qualquer momento processual antes da sentença, não serão devidas custas judiciais finais.
- e) a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra “E”.

No concurso para provimento de cargo de **Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 2022 (TRF4)**, foi considerada incorreta a seguinte assertiva: “Tendo em vista a adoção da jurisdição como instrumento para resolução dos conflitos, não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma forma de autotutela de direitos em favor do particular”.

► **Atenção!**

A **Lei de Superendividamento** (Lei n. 14.181, 1º de julho de 2021) modificou o Código de Defesa do Consumidor, acrescentando duas novas medidas para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo pelo Poder Público, sendo elas: a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção ao consumidor pessoa natural (art. 5º, VI, CDC); e a instituição de núcleos de conciliação de conflitos oriundos de superendividamentos (art. 5º, VII, CDC).

O superendividamento é a impossibilidade manifesta de um consumidor, pessoa natural e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas de consumo (contas de água, energia, crediários, empréstimos bancários etc.), vencidas ou vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial (art. 54-A, CDC) – i.e., o conjunto de bens materiais e imateriais indispensáveis para manter a subsistência digna da pessoa humana.

Caso se encontre nessa situação de superendividamento, ao consumidor é garantido o direito de recomeçar. Para tanto, deverá juntar os documentos com a indicação de todas as dívidas e credores, os comprovantes de renda que demonstrem a sua incapacidade financeira de adimpli-las, bem como os comprovantes dos gastos mensais com sua subsistência e de sua família, e partir para um processo de repactuação de suas dívidas (“CNJ serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento?”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-muda-com-a-lei-do-superendividamento/>>. Acesso em 23 out 2021).

Os arts. 104-A a 104-C, CDC, tratam da conciliação nos conflitos decorrentes de superendividamento. Há a previsão de um **processo de repactuação de dívidas**, com uma fase prévia de **conciliação administrativa ou judicial**. Trata-se de mais uma concretização do princípio do estímulo à solução consensual de conflitos (art. 3º, §§2.º e 3º, CPC), e da tendência crescente de desjudicialização observada no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o art. 104-A, CDC, o juiz instaurará o processo de repactuação de dívidas, a requerimento do consumidor, que se iniciará com uma **fase prévia de repactuação consensual**, com a designação de **audiência de conciliação judicial**, que poderá ser presidida por ele (o juiz) ou por conciliador credenciado no juízo.

Nessa audiência, o consumidor superendividado deverá apresentar proposta de plano de pagamento voluntário com prazo máximo de 05 (cinco) anos, preservando-se o seu mínimo existencial, bem como as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas (art. 104-A, CDC).

Não podem ser incluídas nesse procedimento as dívidas contraídas dolosamente (ou com má-fé) pelo consumidor sem o propósito de realizar o pagamento, aquelas decorrentes de contrato de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural (art. 104-A, §1º), bem como as fiscais e as de natureza alimentar (SILVA, 2015, p. 367-369).

O juiz convocará todos os credores do consumidor superendividado para a audiência de conciliação. O não comparecimento injustificado de qualquer dos credores ou de representante com poderes para transigir acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos de mora, além de sujeitar compulsoriamente o crédito ao plano de pagamento da dívida, se o consumidor tiver conhecimento dos valores corretamente devidos, ficando o seu pagamento previsto para ser realizado posteriormente aos pagamentos dos credores presentes (art. 104-A, §2º, CDC).

Caso haja conciliação entre o consumidor e qualquer credor, o acordo será homologado por sentença judicial, que descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada (art. 104-A, §3º, CDC).

A lei confirma que o pedido do consumidor para repactuação de dívidas não importará em insolvência civil e poderá ser repetido após o prazo de 02 (dois) anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento anteriormente homologado, sem prejuízo de eventual repactuação (art. 104-A, §5º). O intuito, portanto, é permitir que o consumidor resolva, amigavelmente, e diretamente com os seus credores, a melhor forma de pagamento das suas dívidas, sem que isso comprometa a sua subsistência.

A conciliação permite que as partes considerem suas necessidades e interesses recíprocos, e façam concessões, sem que haja ato de total renúncia ou submissão entre elas; isso viabiliza a resolução do conflito de forma pacífica (FARINELLI; CAMBI, 2011, p. 286).

Caso não haja conciliação entre as partes (na verdade, entre o consumidor e qualquer dos credores), o juiz, a requerimento do consumidor, instaurará uma **fase de revisão/integração dos contratos e repactuação das dívidas restantes** mediante a feitura de um **plano judicial compulsório**, considerando os documentos fornecidos e as informações prestadas na audiência conciliatória (art. 104-B, §1.º, CDC). Observe-se que o juiz dará continuidade ao processo (já finda a fase conciliatória, com uma fase contenciosa voltada para a elaboração desse planejamento não mais consensual, mas, sim, compulsório. Esse procedimento assemelha-se ao pedido de recuperação judicial feito por pessoas jurídicas, resguardadas as diferenças decorrentes da natureza da própria relação em discussão (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021).

Nesse caso, impõe-se a citação dos demais credores cujos créditos ainda não tenham sido abrangidos por acordo celebrado (art. 104-B, CDC), para que, no prazo de 15 (quinze) dias, juntem os documentos e deduzam as razões de não quererem ingressar no plano voluntário ou renegociar a dívida (art. 104-B, §2º, CDC).

A fase prévia e conciliatória do processo de repactuação de dívidas poderá operar-se, também, extrajudicialmente, mediante uma **conciliação administrativa**. Poderá ser solicitada pelo consumidor superendividado (por reclamação individual) aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que possuem competência concorrente e facultativa para realizá-la, nos moldes do art. 104-A, CDC, acima comentado (no que for cabível) – podendo até mesmo firmar convênios para regulamentação desse procedimento com as instituições credoras ou suas associações (art. 104-C, CDC).

Diante das reclamações individuais dos superendividados, tais órgãos poderão realizar audiência global de conciliação com todos os credores, e facilitar a elaboração de plano consensual de pagamento (preservado o mínimo existencial), sob sua supervisão – além de adotar medidas reeducativas das práticas financeiras do consumidor.

Essa conciliação extrajudicial é tão ou mais importante que a judicial, pois o seu objetivo é alcançar a resolução dos conflitos antes que se parta para uma ação judicial, promovendo eficiência e racionalização da administração da Justiça (FARINELLI; CAMBI, 2011, p. 289). A Lei do Superendividamento, além de favorecer e incentivar a conciliação (judicial ou extrajudicial), permite que seja realizada com todo o grupo de credores, encerrando-se as dívidas por meio de negociações em bloco (“CNJ serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento?”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-muda-com-a-lei-do-superendividamento/>>. Acesso 23 out 2021.).

O acordo então firmado abrangerá precisamente o dia em que o consumidor será excluído do banco de dados e de cadastro de inadimplentes, a suspensão ou extinção de ações judiciais de cobrança, bem como “o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas” (art. 104-C, §2º, CDC).

3.2. Heterocomposição

Se na antiguidade a autotutela era indesejável, por pressupor força e violência, e a autocomposição nem sempre viável, por depender da boa vontade e altruísmo de um ou ambos os litigantes, sentia-se a necessidade de transferir-se a titularidade do poder de resolver o conflito para um terceiro, desinteressado e imparcial.

Nesse terceiro, estaria o embrião dos institutos jurisdicionais.

Inicialmente, “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” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 27 e 28).

Já no contexto do direito romano arcaico e clássico, é o árbitro que assume esse papel, realizando a chamada **arbitragem facultativa**, que só seria exercida se as partes, diante do pretor, concordassem em abrir mão da defesa privada, transferindo para árbitro de sua confiança o poder de resolver o conflito (CALMON DE PASSOS, 1957, p. 14) – o que faziam através da chamada *litiscontestatio*.

Com o fortalecimento do Estado, aumentou a sua participação na solução de conflitos, agora com o poder de nomear o árbitro – quando a arbitragem, de facultativa, passa a ser compulsória. Essa **arbitragem obrigatória** conta com a força do Estado para assegurar sua imperatividade, dar-lhe cumprimento, como garantia de efetividade. (CALMON DE PASSOS, 1957, p. 14)

A evolução (não linear, mas de idas e vindas) termina com a chegada da fase da *cognitio extra ordinem*, em que o pretor passou, ele próprio, a proferir a sentença, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro. Dá-se, assim, a **transição efetiva de uma justiça privada para uma justiça pública**, pois o Estado, por intermédio de seus juízes, impõe imperativamente a solução do conflito independente da vontade das partes, no exercício do que já se pode chamar de **jurisdição** (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 28).

A arbitragem não se perdeu no tempo. É hoje considerada mais um meio alternativo de solução dos conflitos, definida, por muitos, como espécie de jurisdição privada, e disciplinada pela Lei n. 9.307/96, como se verá no capítulo dedicado ao tema.

Pode-se dizer que, atualmente, o Estado monopoliza o poder de solução imparcial e imperativa dos conflitos e de realização do direito, através da jurisdição, e, exatamente por isso, pode autorizar, por lei, que esse poder seja exercido por um agente privado, como o árbitro. Ao lado da jurisdição estatal, subsistiria uma jurisdição privada (arbitragem).

► **Atenção!**

Subsistem, em nosso ordenamento, modos adequados de regulação dos conflitos intersubjetivos fora dos processos jurisdicionais (**equivalentes jurisdicionais**), como a conciliação e mediação.

Mas não se deve confundir a jurisdição (seja ela pública ou privada com os chamados equivalentes jurisdicionais, que são formas não jurisdicionais de solução dos conflitos – e, pois, não definitivas. Vige, hoje em dia, um sistema de “justiça multiportas”, em que a solução de conflitos e a realização dos direitos pode ser obtida não só mediante o acesso e a abertura da “porta judicial”, como também de diversas outras “portas”, que revelam vias igualmente adequadas e acessíveis. Na verdade, “há um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa, em igualdade de importância com o processo civil tradicional”, em um modelo em que predomina a autonomia das partes na escolha do meio que querem empregar para resolver o conflito (LESSA, 2015, p. 429 e 430; contra, asseverando que a via judicial é a *ultima ratio*; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, V. 2., 2015, p. 173; e DIDIER, 2017, p. 185).

Interessante observar que, a teor do enunciado n. 707, FPPC, “A atuação das serventias extrajudiciais e dos comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) também integra o sistema brasileiro de justiça multiportas”.

No concurso para provimento do cargo de **Defensor Público – DPE – R0/2023 (CESPE)**, considerou-se correta a seguinte assertiva: “Os meios adequados de solução de conflitos formam um modelo de sistema de justiça multiportas, o qual é plenamente reconhecido e estimulado no ordenamento jurídico pátrio”.

No concurso para provimento do cargo de **Agente de Defensoria – Psicólogo, DPE-SP, de 2010**, foi exigida a seguinte questão.

“Um meio de resolução de controvérsias, referentes a direitos patrimoniais disponíveis, no qual ocorre a intervenção de um terceiro independente e imparcial, que recebe poderes de uma convenção para decidir por elas, sendo sua decisão equivalente a uma sentença judicial é denominado de

- a) Mediação.
- b) Arbitragem.
- c) Conciliação.
- d) Audiência.
- e) Avaliação.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra b, que reflete as lições desse item.

No concurso para provimento do cargo de **Juiz de Direito do TJ-RS/2015, FAURGS**, constou questão aberta nos seguintes termos.

“A evolução do direito implicou uma mudança de paradigma na maneira de lidar com os conflitos, especialmente no sentido do reconhecimento da autocomposição em relação à tradicional forma heterocompositiva para a resolução de litígios”.

- a) Com base na afirmação acima, explique tecnicamente o que constitui: i) heterocomposição; ii) autocomposição.
- b) Estabeleça, a partir da concepção trazida pelo Novo Código de Processo Civil, em vigor a partir de março de 2016, duas diferenças entre os mecanismos de mediação e conciliação.

Percebe-se que são questões que o concursando consegue responder com base nas lições colocadas ao longo deste capítulo.

4. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Os membros de uma sociedade se organizam para produzir e distribuir os bens (materiais e imateriais) necessários para sua sobrevivência. Instituem, assim, uma ordem social que proporciona uma convivência harmônica e pacífica. O Estado é o poder que vem garantir essa ordem.

Para assegurar e proteger a vigência da ordem social, o Estado, através de sua **função legislativa**, institui normas gerais e abstratas que regem as mais variadas relações jurídicas, ditando modelos de condutas desejadas ou reprovadas (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 44).

Constrói-se, assim, o direito material e o direito processual.

O **direito material** costuma ser definido como o conjunto de normas que regulam as relações jurídicas referentes aos bens da vida (direito civil, direito do consumidor, direito administrativo etc.).

No entanto, não observadas as normas materiais (ou dependendo sua observância da intervenção estatal), surgem problemas/conflitos concretos a serem solucionados pelo Estado, através do exercício da sua **função jurisdicional**. Há quem diga que a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no

sentido de que uma de suas finalidades é **garantir a atuação prática das normas materiais**, ao resolver conflitos (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 44).

Imperioso é disciplinar o exercício da jurisdição através do processo. Cumpre ao Estado determinar os órgãos que vão exercê-la, os procedimentos que irão seguir, os poderes, deveres, direitos, faculdades e ônus dos diferentes sujeitos processuais (sobretudo, partes e juiz). E esta tarefa é cumprida com a produção de normas processuais.

É, pois, o **direito processual** o complexo de normas jurídicas que dispõem sobre a constituição dos órgãos jurisdicionais e sua competência, disciplinando essa realidade que chamamos processo:

- i) em sua perspectiva interna, quando se regula a **relação jurídica processual** travada entre partes e juiz, bem como a sucessão de posições jurídicas por eles assumidas (poder, dever, faculdade, direito, ônus etc.); e
- ii) em sua perspectiva externa, quando trata do **procedimento** enquanto série coordenada de atos de vontade tendentes à produção de um efeito jurídico final, que, no caso do processo jurisdicional, é a decisão judicial e sua eventual execução.

Enfim, enquanto as normas materiais servem de critério para resolver os conflitos (normas de julgamento), as normas processuais ditam a forma como eles serão resolvidos (normas de procedimento).

► **Atenção!**

Mas há casos em que da não observância de normas processuais surgem os problemas/conflitos concretos de natureza processual. Nestes casos, a norma processual pode também despontar como critério para solução (julgamento) de um problema/conflito concreto.

É o que se dá, por exemplo, com processos que versem sobre bens jurídicos estritamente processuais, tal como a ação rescisória que visa desconstituir decisão transitada em julgada proferida em processo originário por ter sido prolatada por juiz impedido, caso em que se quer dar cumprimento às normas dos arts. 144, CPC, e art. 5.º, XXXVII e LIII, CF, que tratam da imparcialidade do julgador natural.

O direito processual é objeto de uma **ciência autônoma**. Contém objeto específico, é informada por princípios próprios, e costuma ser estudado como **ramo do direito público** por reger o exercício de função estatal (jurisdição).

Suas raízes deitam-se no direito constitucional. O direito constitucional firma suas bases ao instituir e estruturar os órgãos jurisdicionais, consagrar seus princípios fundamentais, firmar garantias dos magistrados, prever remédios constitucionais para a defesa das liberdades públicas.

É comum, ainda, a lição de que, com os demais ramos do direito material, o direito processual tem uma **relação genérica de instrumentalidade**, vez que institui e regula remédios jurídicos que visam dar-lhes efetividade, solucionando problemas/conflitos concretos e promovendo a pacificação social. Nesse sentido, o Código Civil regula o direito de posse, e o Código de Processo Civil disciplina as ações possessórias, por exemplo.

► Atenção!

Para Teoria Dualista de Chiovenda (considerada minoritária, o ordenamento jurídico sofre uma cisão nítida entre direito material e direito processual. O direito material estabelece normas abstratas e genéricas que se concretizam com a ocorrência da hipótese fática nelas descrita (é o fenômeno da subsunção). Ocorrendo o fato nela previsto, a norma material imediatamente incide, atribuindo-lhe juridicidade – a princípio, sem qualquer interferência estatal.

Já o direito processual tem função completamente distinta. Através do processo, visa-se, tão somente, a atuação (realização prática do direito material, não colaborando de forma alguma para a produção de normas concretas, que regulam casos concretos. A decisão final do processo não inovaria, não criaria norma alguma, cingindo-se a aplicar normas preexistentes, atribuindo direitos, poderes e obrigações nela previstas.

Para Teoria Unitarista de Carnelutti, contudo, o direito material não teria como prever e regular todas as possíveis condutas socialmente desejadas ou indesejadas. Não poderia prever todos os possíveis conflitos de interesses que podem ocorrer no seio da sociedade.

Assim, o processo viria preencher essas lacunas, servindo não somente como um método de aplicação da norma (atuação), mas também como um método de complementação desses comandos legais.

O processo teria por efeito jurídico final a prolação de uma sentença, que nada mais é do que uma norma jurídica concreta que serve para regular a solução para o litígio concreto. E é com o advento de uma sentença judicial que nascem, de fato, os direitos e obrigações.

Assim, o processo participa da criação de direitos e obrigações, não existindo, portanto, uma cisão nítida entre direito material e direito processual (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 20 e 21).

Exsurge, em tempos de neoconstitucionalismo, aquela que optamos por denominar de Teoria Neoprocessualista. Colocada em destaque a criatividade e normatividade da função jurisdicional, o processo jurisdicional é reconhecido como procedimento democrático produtor de normas, não só ao criar a norma jurídica do caso concreto (no dispositivo da sentença, como também ao interpretar textos normativos (na sua fundamentação), e, a partir daí, delinear a norma geral que deles deve ser extraída, e que poderá ser invocada como precedente no julgamento de casos futuros e semelhantes – como se verá em aprofundamento no capítulo dedicado ao estudo da jurisdição.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

No VIII concurso público para MPT, na questão 61, a assertiva “a jurisdição é o instrumento pelo qual o Estado declara o direito no caso concreto” foi considerada incorreta.

5. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E NEOPROCESSUALISMO

Usualmente, são apontadas três grandes fases históricas de desenvolvimento metodológico do direito processual.

Na **fase sincretista ou praxista** (até meados do século XIX), o direito processual não era visto como objeto de ciência autônoma, mas, sim, como mero capítulo do direito material.

Na **fase autonomista, científica, processualista ou conceitual**, (de meados do século XIX até meados do século XX, tendo como precursor Oskar Von Bullow), o direito processual passa a ser visto como objeto de ciência autônoma (integrante do direito público), não se confundindo com direito material. É fase de grandes construções científicas e do aparecimento de históricos processualistas.

Na **fase instrumentalista ou teleológica** (a partir de meados do século XX, por iniciativa dos italianos Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), o direito processual continua sendo visto como objeto de ciência autônoma (integrante do direito público), muito embora se ressalve ser **instrumento a serviço do direito material**, que deve conferir-lhe efetividade (**escopo jurídico**).

Não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Se o processo está a serviço do direito material, o direito material também precisa servi-lo. (CARNELUTTI, 1958, p. 33; ZANETI, 2006, p. 191 e 192; DIDIER, 2011, p. 31).

Destarte, não há entre o processo e o direito material relação de neutralidade, mas, sim, de instrumentalidade. Considerando que o processo serve de instrumento de tutela do direito material, deve ser à luz dele construído, interpretado e realizado.

Indo além da visão técnico-científica do processo, prega-se, outrossim, a necessidade de um **estudo sócio-político e sob bases constitucionais**, visualizando-se, no processo jurisdicional, ao lado do escopo jurídico (realização do direito material):

- i) **escopos sociais**, consistentes na pacificação social e na educação para o exercício de direitos próprios e o respeito aos direitos alheios; e
- ii) **escopos políticos**, traduzidos no intento de firmar o poder do estado, com o respeito ao ordenamento jurídico estabelecido, bem como garantir a participação popular nos seus destinos políticos – através de remédios constitucionais como a ação popular, as ações de controle concentrado etc.

Tem-se, observado, contudo, número crescente de doutrinadores sustentarem o alvorecer de uma quarta fase da evolução do direito processual, por alguns já denominada de **neoprocessualismo ou formalismo valorativo**.

Nessa quadra, o direito processual mantém a condição de objeto de ciência autônoma, estudada sob bases científico-dogmáticas (típico da fase autonomista) e constitucionais (típico da fase instrumentalista), mas com um novo enfoque (e, daí, o “neo”):

- a) de um lado, porque a análise, interpretação e aplicação do direito processual se dá com **bases constitucionais contemporâneas**, invocando-se as premissas metodológicas do chamado neoconstitucionalismo, para admitir-se: a força normativa da Constituição – máxime dos seus princípios –, aplicando a teoria dos direitos fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional com o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, o desenvolvimento da

hermenêutica constitucional (com valorização dos princípios e destaque para a proporcionalidade e razoabilidade), a proliferação de textos normativos abertos, a criatividade judicial;

- b) de outro lado, porque suas **bases científico-dogmáticas** são revisitadas com a releitura teórica das categorias e institutos processuais (DIDIER JR, 2011, p. 29 ss.).

Têm sido considerados ícones dessa nova fase metodológica do direito processual LUIZ GUILHERME MARINONI, MARCELO LIMA GUERRA, EDUARDO CAMBI, FREDIE DIDIER JUNIOR, DANIEL MITIDIERO, CARLOS ALBERTO ALVARO, dentre outros.

Em um esquema sintético:

Fase sincretista	direito processual não é objeto de ciência autônoma, confunde-se com direito material
Fase científica	direito processual é objeto de ciência autônoma
Fase instrumentalista	direito processual mantém-se como objeto de ciência autônoma, mas com relação de instrumentalidade com direito material e analisado sob bases constitucionais
Fase neoprocessualista	direito processual desenvolve-se como objeto de ciência autônoma, ainda com relação de instrumentalidade com direito material, e analisado sob bases constitucionais contemporâneas

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

No concurso para provimento do cargo de **Titular de Serviços de Notas e de Registros, do TJ/CE, de 2011**, foi exigida a seguinte questão.

“O Estado contemporâneo, como expressão do Estado Social, tem dentre os seus embasamentos os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. Nesse contexto, aponte a alternativa INCORRETA:

- Nenhuma lei processual pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade.
- No caso de lei processual cuja aplicação conduz a um juízo de inconstitucionalidade, o juiz de primeiro grau poderá declará-la ou, mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, aplicar a técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.
- As normas processuais, por sua natureza, submetem-se ao princípio da supremacia da lei e à vontade do legislador, criador da norma geral e, portanto, do direito positivo no Estado democrático de direito.
- A lei processual deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Por isso, havendo mais de uma solução, na interpretação da lei, a decisão deve optar por aquela que outorgue maior efetividade à Constituição”.

Pelo gabarito oficial a resposta correta consta na letra c, que reflete as lições desse item. Gabarito oficial, letra “C”.