

## A TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS NA MEDIAÇÃO

### *THE TRANSACTION OF RIGHTS UNAVAILABLE IN MEDIATION*

Nilton César Antunes da Costa

Professor na graduação e pós-graduação na UFMS e na UCDB, em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil. Mediador voluntário no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Mestre em Direito pela UGF/RJ

Rebeca Barbosa dos Santos

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS

**Submetido em:** 12/03/2019

**Aprovado em:** 24/05/2019

**Resumo:** A Lei 13.140/2015 traz, em seu artigo 3º, conceito aparentemente controverso ao estabelecer a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis. Assim, a presente pesquisa tem por objetivo explorar a Mediação como mecanismo consensual de resolução de conflitos que possibilita a autonomia das partes e a pacificação social, compreender os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” e a relação de aparente incompatibilidade que se estabelece entre os dois institutos, apresentando autores que fornecem elementos para uma melhor interpretação do artigo 3º da Lei 13.140/2015. Para tanto, recorreremos a uma análise bibliográfica e documental de fontes primárias como a legislação, teses, dissertações, artigos científicos e fontes secundárias como a doutrina. Ao final, são expostas três correntes principais para explicar a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, concluindo-se que a proposta de Salles é a que melhor fornece elementos para esclarecer o conceito de “direitos indisponíveis transigíveis”.

**Palavras-chave:** Mediação; Direitos Indisponíveis; Transação.

**Abstract:** *The Law 13.140/2015 brings, in its 3rd article, an apparently controversial concept in establishing the possibility of transacting unavailable rights. Thus, the present research aims at exploring Mediation as a consensual mechanism for conflict resolution that allows parties' autonomy and social pacification, to understand the concepts of “transaction” and “unavailable rights” and the relation of apparent incompatibility established between the two institutes, presenting authors that provide elements for a better interpretation of the 3rd article of the Law 13.140/2015. For this, we used a bibliographical and documentary analysis of primary sources such as legislation, theses, dissertations, scientific articles and secondary sources such as doctrine. In the end, three main causes are exposed to explain the possibility of transacting unavailable rights. It is concluded that Salles's proposal provides the best elements to clarify the concept of “inalienable, non-enforceable rights”.*

**Keywords:** *Mediation; Rights Unavailable; Transaction.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Mediação: lei n. 13.140/2015. 3. Transação e direitos indisponíveis: conceituação e aparente incompatibilidade entre os institutos. 4. “Direitos indisponíveis que admitam transação”. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.140/2015, ao tratar do objeto da mediação, traz uma relevante problemática ao estabelecer a possibilidade de transacionar não apenas direitos disponíveis, mas também “direitos indisponíveis que admitam transação”, sem estabelecer critérios ou elementos que possibilitem a distinção entre direitos indisponíveis transigíveis e não-transigíveis.

Contudo, sabe-se que o entendimento habitual da doutrina e dos tribunais não compreende por razoável a transação de um direito indisponível, sob o fundamento de que para transacionar é necessário um ato de disposição e, tratando-se de direitos indisponíveis, a princípio, não seria possível qualquer ato de disposição.

Assim, a presente investigação busca esclarecer a transação de direitos indisponíveis na mediação através da conceituação de “indisponibilidade” e compreensão da relação que se estabelece entre transação e direitos indisponíveis. O enfoque principal dessa pesquisa é esclarecer o conceito aparentemente controverso trazido pelo art. 3º da Lei n. 13.140/2015, e assim trazer mais clareza aos mediadores e operadores do Direito sobre o que pode ser objeto de mediação.

Trata-se de uma pesquisa exploratória na medida em que busca compreender um conceito jurídico novo trazido pela Lei n. 13.140/2015 – “direitos indisponíveis que admitam transação” – e ainda pouco investigado, apresentando autores que propõem uma nova concepção sobre o tema e fazendo uma análise bibliográfica e documental de fontes primárias como a legislação, teses, dissertações, artigos científicos e fontes secundárias como a doutrina e o entendimento de tribunais.

O artigo foi dividido em três tópicos. O primeiro tem por objetivo compreender a mediação como método alternativo de resolução de conflitos que possibilita o acesso à Justiça e oferece maior autonomia às partes na administração de suas disputas.

O segundo tópico trata dos conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis”, demonstrando como a doutrina e o entendimento dos tribunais costumam estabelecer uma relação de completa incompatibilidade entre os dois institutos, o que resulta em evidente contrariedade ao artigo 3º da Lei da Mediação.

Tendo em vista a problemática trazida no tópico anterior, o terceiro tópico tem por objetivo apresentar autores que buscam uma harmonização entre direitos indisponíveis e transação. São expostas três correntes para explicar a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis e assim trazer mais clareza na interpretação do artigo 3º da Lei n. 13.140/2015, objeto da presente pesquisa.

## **2 MEDIAÇÃO: LEI N. 13.140/2015**

A mediação se apresenta como um meio de oferecer aos cidadãos a participação ativa na resolução dos próprios conflitos, fortalecendo o sentimento de responsabilidade, cidadania e controle sobre os problemas vivenciados (RABELO; SALES, 2009, p.82).

Há na mediação uma quebra de paradigma social na medida em que o cidadão, antes acostumado a atribuir ao Estado a resolução de seus conflitos, com a prática da mediação, passa a exercer autonomia para gerir seus conflitos, pesquisando a causa e o meio mais adequado para sua solução. Assim, a mediação é um poderoso instrumento democrático, pois funciona como facilitadora dos pressupostos de concretização da democracia na medida em que fomenta a inclusão e a emancipação social e transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação (RABELO; SALES, 2009, p.83).

A Resolução n. 125/2010, a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e a Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação) demonstram que os métodos consensuais de resolução de conflitos têm ganhado grande notoriedade em nosso Ordenamento Jurídico. Os valores consensuais no Código de Processo Civil são evidenciados principalmente pelas disposições dos artigos 3º, §§ 2º e 3º; 139, V; 149; 334 e 694.

A Lei n. 13.140/2015 estabelece os princípios orientadores da mediação (artigo 2º), esclarece a diferença entre mediador judicial e extrajudicial (artigos 9º ao 13), detalha o procedimento da mediação (artigos 14 ao 29), prevê exceções à confidencialidade (artigos 30 e 31), trata dos conflitos envolvendo Pessoa Jurídica de Direito Público (artigos 32 ao 40) e, acerca do objeto da mediação, assim dispõe:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

A Lei da Mediação é resultado da combinação de alguns projetos de lei que tramitavam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, como os Projetos de Lei do Senado n. 517/2011, 405/2013 e 434/2013 (MARTINS, 2016, p.3-4). Inicialmente, a redação do Projeto de Lei do Senado 517/2011 não admitia a mediação sobre direitos indisponíveis. Entretanto, com a aprovação do substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 517/2011, o texto original sofreu profundas modificações, tornando possível a mediação sobre determinados direitos indisponíveis (MARTINS, 2016, p.4-5). O artigo 3º, § 2º, do substitutivo passou a mencionar a existência de “direitos indisponíveis e transigíveis”.

Posteriormente, ao chegar à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei do Senado 517/2011 foi transformado em Projeto de Lei n. 7.169/2014. Por ocasião dos estudos da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o Deputado Sergio Zveiter se manifestou da seguinte forma (MARTINS, 2016, p.5):

Quanto ao caput artigo 3º, vale destacar que há direitos os quais, mesmo indisponíveis, admitem algum nível de transação. Os conflitos envolvendo questões de família, ressaltados os casos de filiação, adoção, poder familiar, e invalidade do matrimônio, ou questões ambientais, são exemplos de direitos, a princípio, indisponíveis, mas que são mediados com altas taxas de êxito e de efetividade. Assim, a alteração promovida no caput permitirá maior abrangência da lei e evitará que experiências já existentes e satisfatórias de mediação sejam desconsideradas (ZVEITER apud MARTINS, 2016, p.5-6).

Assim, após duas modificações no texto do Projeto de Lei n. 7.169/2014, a Câmara dos Deputados chegou à redação final do artigo 3º da Lei 13.140/2015, o qual prevê como objeto da mediação os conflitos que versem sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação, sem esclarecer, no entanto, os critérios de admissibilidade para transação de direitos indisponíveis (MARTINS, 2016, p.7-8). Dessa omissão legislativa decorre a necessidade de investigarmos os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” para compreendermos uma possível relação de compatibilidade entre os dois institutos.

### **3 TRANSAÇÃO E DIREITOS INDISPONÍVEIS: CONCEITUAÇÃO E APARENTE INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS INSTITUTOS**

O presente tópico busca investigar os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis” e assim demonstrar como o entendimento dos tribunais e da doutrina, habitualmente, defende a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, em evidente contrariedade, portanto, ao artigo 3º da Lei n. 13.140/15.

Compreender o conceito de “indisponibilidade” denota certa complexidade na medida em que a legislação brasileira não se ocupa de expressamente definir o que são direitos indisponíveis. É possível encontrar referências à indisponibilidade nos artigos 127, 225 e 231 da Constituição Federal, bem como nos artigos 373, §3º, I e 392 do Código de Processo Civil.

Tais dispositivos legais exemplificam a maneira como o legislador não se preocupou em trazer elementos para esclarecer os critérios que tornam um direito indisponível. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico indeterminado, embora amplamente explorado pela legislação brasileira.

Martel, em sua investigação sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, faz uma análise da doutrina e da jurisprudência buscando uma melhor compreensão sobre o conceito de direitos indisponíveis. Sobre essa falta de precisão conceitual, comenta:

A nebulosidade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais não é novidade, muito menos exclusividade brasileira. Na década de 1960, Marvin Schiller dedicou um ensaio para demonstrar uma plêiade de conclusões que podem ser obtidas segundo o significado atribuído aos termos “direitos” e “indisponíveis.” Assim, por exemplo, se a palavra “indisponível” for compreendida como um qualificador que impede a perda ou a restrição de um direito, atingir-se-á um tipo de resultado; caso seja compreendida como impeditivo de renúncia, ter-se-á outras conclusões. Nesse ensejo, o autor confirmou que há distintas concepções e conceitos dos termos e apontou quais consequências são obtidas a partir de cada combinação. J.J. Thomsom e Terrance McConnell, em obras mais recentes, verificaram também a obscuridade do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais (MARTEL, 2010, p. 337).

Cassar, ao definir direitos indisponíveis, relaciona indisponibilidade ao controle estatal para proteção dos interesses públicos, afirmando que os direitos indisponíveis são controlados pelo Estado com maior ou menor intensidade e não derivam da autonomia das partes, mas de imposição legal feita por normas cogentes, impostas pelo Estado, para tutelar algum interesse social (CASSAR, 2011, p. 223).

Para Passos, direito indisponível “é aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente, satisfeitos determinados controles” (PASSOS, [200/], p.276).

Da análise doutrinária, Martel concluiu que existe “um sentido prevalente para o termo ‘indisponível’, que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que ‘abdicar’ pode assumir” (MARTEL, 2010, p.351). Da análise jurisprudencial, encontrou os seguintes sentidos:

a) direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto; b) direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular; c) direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível; d) direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular; e) direitos que devem ser pleiteados em juízo; f) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los (MARTEL, 2010, p.352).

Por fim, ainda sobre a definição de direitos indisponíveis, Martel destaca o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que definiu direitos indisponíveis como sendo aqueles insuscetíveis de disposição por parte de seu titular (MARTEL, 2010, p.347).

Diferente do que ocorre com os direitos indisponíveis, a legislação brasileira, mais especificamente o Código Civil, esclarece os requisitos, o objeto, a natureza jurídica e diversos outros elementos que compõem a transação, em um capítulo específico dentro do título que trata das várias espécies de contrato.

Tartuce (2016, p.735), com base na redação do artigo 840 do Código Civil, define transação como sendo um “contrato pelo qual as partes pactuam a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas, o que também pode ocorrer de forma preventiva”.

Segundo Diniz (2007, p.324-325), a existência de concessões recíprocas era pressuposto essencial e verdadeira condição jurídica da transação no período romano. A autora afirma ainda que, no Código de Justiniano vigia o princípio de que “de modo algum se verifica transação, sem que nada se dê, se retenha ou se prometa”, reafirmando a necessidade de haver concessões mútuas ou recíprocas para que se caracterize a transação.

Bevilaqua (1896, p.146-147) ensina que a “transacção é um acto juridico pelo qual as partes, fazendo-se concessões reciprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. É da essencia deste acto a reciprocidade, sem a qual haverá doação”.

Pires (2010, p.3) afirma que, embora a definição do termo transação tenha sido aprimorada desde o período romano, os requisitos essenciais utilizados pelos romanos serviram como fundamento para os sistemas jurídicos atuais. Assim, para a autora, são requisitos da transação a onerosidade, a prevenção ou término de um litígio e a reciprocidade de concessões.

De maneira pouco diversa, Maluf (1999, p.49) defende que “além dos requisitos inerentes ao negócio jurídico em geral, a transação exige especialmente os seguintes: a) um litígio surgido ou por surgir; b) a intenção de pôr-lhe fim; c) a existência de concessões recíprocas”.

Silva (apud PIRES, 2010, p.3), ao definir transação, traz importante elemento que caracteriza o instituto: o caráter amigável. Nesse mesmo sentido, Pasqualotto (apud PIRES, 2010, p.8) vê a transação como um meio de superar desentendimentos, por ter a capacidade de dirimir as desavenças entre os transatores e propiciar a harmonia dos interesses privados dos contratantes, o que é conveniente para a coletividade, uma vez que promove a economia processual ao eliminar uma lide judicial existente ou evitar a sua instauração.

Acerca da natureza jurídica da transação, Gagliano e Pamplona Filho (apud MASCARENHAS, 2009, p.112) entendem que as discussões já estão superadas uma vez que o Código Civil de 2002 reconheceu sua natureza contratual, pois retirou a transação dos meios indiretos de pagamento para colocá-la no título destinado às várias espécies de contrato. Em contraposição, Diniz (2007, p.332) defende que a transação é um instituto *sui generis* e constitui uma modalidade especial de negócio jurídico bilateral, pois se assemelha ao Contrato em sua constituição e se aproxima do Pagamento em seus efeitos, possuindo assim uma dupla natureza jurídica.

Ao tratar de Transação, muita ênfase se dá à reciprocidade. Como já destacado anteriormente, Bevilacqua (1896, p.146-147) afirma que a reciprocidade constitui a essência da transação. Isto porque a transação não deve ser confundida com doação, renúncia ou desistência.

Quem disser transação, terá dito, conseqüentemente, concessões recíprocas, ou então estará, por condenável catacrese, atribuindo esse nome a uma simples renúncia ou desistência – ato unilateral que pode pôr termo a uma demanda, mas não dará lugar jamais à *exceptio litis per transactionem finitae*, nem é oponível, por isso mesmo, na hipótese de feito litigioso (GUEIROS apus MALUF, 1999, p.49).

Quanto ao objeto da transação, a redação do artigo 841 do Código Civil nos traz que apenas “quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Tal dispositivo legal estava presente *ipsis litteris* no artigo 1.035 do Código Civil de 1916.

No entendimento de Bevilacqua (1896, p.148) é possível “transigir sobre quaisquer direitos duvidosos que sejam de interesse privado, que não affectem a ordem publica e que recaiam sobre objetos que estão no commercio”.

Nesse mesmo sentido, Maluf (1999, p.64) enfatiza a restrição trazida pelo Código, afirmando que só é possível transacionar sobre direitos patrimoniais de caráter privado. Assim, ao comentar sobre o objeto da transação trazido pelo Código Civil de 1916, afirma:

A transação tem por objeto somente direitos patrimoniais de caráter privado (CC, art. 1.035). Daí a ilicitude e a inadmissibilidade de transação atinente a assuntos relativos a bem fora do comércio; ao estado e capacidade das pessoas; à legitimidade ou dissolução do casamento; à guarda dos filhos; ao pátrio poder; à investigação de paternidade; a alimentos, por serem irrenunciáveis, embora se possa transigir acerca do *quantum*.

Contudo, em que pese a redação do artigo 841 do Código Civil, não existe consenso na doutrina acerca do objeto da transação. Miranda (apud MARTINS, 2016, p.8-9), em 1984, já defendia a transacionabilidade de direitos públicos ou não patrimoniais, desde que disciplinada por lei especial.

Maluf (1999, p.39), tratando da capacidade para transigir, afirma que, regra geral, transigir é alienar. Para o autor, a transação constitui um ato de disposição, de modo que só estará apto a transigir quem possuir capacidade para dispor. Assim, pode-se afirmar que, na visão do autor, indisponibilidade e intransigibilidade estariam intimamente relacionadas, de modo que restaria inviabilizada a transação de direitos indisponíveis.

Acerca dessa concepção, Martins (2016, p.15) afirma que, à luz da doutrina clássica, torna-se difícil compreender o sentido da expressão “direitos indisponíveis que admitam transação”, trazido pelo artigo 3º da Lei 13.140/2015, dado que, se a “transação pressupõe o poder de disposição, haveria evidente contradição na premissa de que aquilo que é indisponível pode ser transacionado”.

Em sentido oposto à Lei 13.140/2015, Cassar, (2011, p.222) ao interpretar o artigo 841 do Código Civil, afirma expressamente que “o objeto da renúncia ou da transação deve ser o direito patrimonial disponível”, excluindo, assim, a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis.

Calmon (apud MASCARENHAS, 2009, p.91), em conformidade com esse entendimento, afirma que seria um contrassenso lógico se o objeto da autocomposição fosse bens indisponíveis.

Sobre a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, é oportuno destacar alguns trechos de julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde a indisponibilidade de um direito, por si só, é vista como justificativa suficiente para inviabilizar a transação, conforme segue:

SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TAQUARA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PEDIDO DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA. **IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS, INSUSCETÍVEIS DE TRANSAÇÃO.** PLEITO DE REABERTURA DO PRAZO DE APELAÇÃO. PRAZO PEREMPETÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MA-

NIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. 1. O objeto da demanda é o ato administrativo que reconheceu a prática de ato de improbidade, ressoando evidente o interesse público. **E assim sendo, resta caracterizado o direito indisponível envolvido, razão porque insuscetível de transação.** (TJRS – AGRAVO INST. 7005632852-RS) [...]. (Grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. TERMO DE ENTREGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO. AGRAVO RETIDO. **As pessoas jurídicas de direito público defendem direitos que são indisponíveis, e, como tais, insuscetíveis de transação ou confissão.** (TJRS – AP.CIVIL 70052537214-RS) [...]. (Grifo nosso)

Do exposto acima, pode-se observar a estreita relação estabelecida entre indisponibilidade e intransigibilidade. Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é relevante destacar trechos dos dois julgamentos a seguir:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL.

[...]

**III- O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes.**

[...](STJ - RESP 369822-PR). (Grifo nosso).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL SUPOSTAMENTE RECAI A CONTROVÉRSIA. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE DISSÍDIO COM JULGADOS DO STF. PRECEDENTES. AÇÃO DE COBRANÇA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ACORDO FIRMADO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. **TRANSAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

**7. Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo Código Civil, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim,**

**in casu, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação** pecuniária homologada em primeiro grau. (STJ – RESP 1198424-PR) [...]. (Grifo nosso).

No primeiro julgamento, percebe-se uma definição de direitos indisponíveis como sendo aqueles insuscetíveis de disposição ou transação, expressamente estabelecendo uma relação de incompatibilidade entre transação e direitos indisponíveis. No segundo julgamento, constata-se uma interpretação dos artigos 840 e 841 do Código Civil que retoma a ideia de Maluf, ressaltando que para transigir é necessário ter capacidade para dispor. Ademais, também é reforçada a ideia trazida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo a qual a existência de um direito indisponível é, por si só, circunstância suficiente para afastar a possibilidade de transação. Da análise dos julgamentos acima destacados, indisponibilidade parece ser sinônimo de intransigibilidade.

Contudo, a prática tem demonstrado que alguns direitos tidos como indisponíveis estão sendo transacionados. Venturi (2016, p.341) afirma inclusive que a negociação de direitos indisponíveis pode ser um mecanismo de proteção desses direitos.

Nesse aspecto, podemos afirmar, por exemplo, que em uma transação sobre o direito a alimentos, a negociação num processo autocompositivo acerca do *quantum*, pode trazer mais efetividade na concretização desse direito, uma vez que a solução para o conflito foi construída pelas partes, com o seu consentimento, dentro de suas reais possibilidades. Diferente de uma ação judicial, processo heterocompositivo, onde a decisão do juiz é imposta em desfavor de uma das partes que deverá, contra a sua vontade, cumprir o que foi determinado na sentença.

Assim, sobre as constatações práticas quanto à possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, além da questão dos alimentos, relevante destacar a possibilidade de transação em matéria criminal, seja pela previsão da Lei n. 9.099/1995 em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, seja através da delação ou colaboração premiada.

Venturi (2016, p.2016), em sua investigação sobre a transação de direitos indisponíveis, apresenta a figura da *plea bargain*, instituto utilizado nos Estados Unidos que, segundo o autor, possibilita a negociação sobre o direito de liberdade. Trazendo para o contexto brasileiro, Venturi defende que o *sursis* processual, a transação penal e a composição dos danos civis seriam mecanismos utilizados no Brasil que também possibilitam a negociação sobre o direito de liberdade. Assim, afirma o autor:

Contra o argumento de que não seriam exatamente instrumentos de negociação sobre a liberdade, é bom lembrar que, incidindo em processos

criminais cuja pretensão condenatória inclui a privação da liberdade, à toda evidência tanto a suspensão condicional do processo penal como a transação penal devem ser consideradas modalidades compositivas que, mesmo indireta ou reflexamente, dizem respeito ao exercício do direito de liberdade (VENTURI, 2016, p.345).

Venturi (2016, p.346) enfatiza ainda a delação premiada e o acordo de leniência como técnicas compositivas transacionais que podem resultar em consequências relevantes “quanto ao direito de liberdade dos réus colaboradores, reduzindo significativamente o tempo de emprisonamento e o próprio regime de cumprimento da pena privativa de liberdade”.

Outro exemplo prático sobre a transação de direitos indisponíveis são as negociações que envolvem o meio ambiente. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tido como indisponível, tendo em vista a sua natureza difusa e fundamental. Contudo, isso não impede as negociações ao redor de todo o mundo sobre os créditos de carbono (VENTURI, 2016, p.341).

Os créditos de carbono são uma certificação conferida àqueles que reduzem a emissão dos Gases de Efeito Estufa (GEE). Esses créditos podem ser comercializados com os países que não conseguiram atingir as metas, estabelecidas por acordos internacionais, de redução na emissão de gases poluentes. Ou seja, os países que reduzem a emissão de GEE podem vender seus créditos de carbono aos países que não conseguiram atingir suas metas de redução.

Mas, por que de fato se negocia (transaciona) um direito tão indisponível, inalienável e inegociável, segundo sua clássica definição jurídico-conceitual? A resposta é simples. Negocia-se o direito de poluir precisamente porque se chegou à conclusão (empírica) de que talvez seja esse um caminho mais eficiente, por paradoxal que possa parecer, para uma melhor preservação do meio ambiente. Na medida em que os países investem em tecnologias de geração de energia limpa e diminuem a emissão de CO<sub>2</sub>, creditam-se por via deste mercado. Assim, a negociação dos créditos de carbono representa importante instrumento de incentivo à progressiva introdução de políticas ecológicas e desincentivo à poluição. Só no ano de 2014, esse modelo gerou transações de aproximadamente US\$ 90 bilhões de dólares ao redor do Mundo (VENTURI, 2016, p.341).

Assim, considerando os exemplos práticos apresentados, tem-se que não é possível tratar indisponibilidade como sinônimo de intransigibilidade. De modo diverso à visão apresentada pelos julgamentos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que a indisponibilidade de um direito não é, por si só, razão suficiente para justificar a impossibilidade de transação.

Nesse sentido, a Lei n. 10.444/2002, que alterou o artigo 331 do antigo Código de Processo Civil, substituiu a expressão “direitos disponíveis” por “direitos que admitam transação”, demonstrando não se tratar de expressões sinônimas, pois, caso possuíssem o mesmo significado, não haveria necessidade de se alterar a redação do referido artigo (MASCARENHAS, 2009, p.91-92).

Com efeito, nota-se forte tendência doutrinária defendendo a impossibilidade de transacionar direitos indisponíveis, entendimento este que é compartilhado por tribunais. No entanto, existem situações práticas que demonstram a possibilidade de negociar direitos indisponíveis, e diante da disposição do artigo 3º da Lei 13.140/2015 que expressamente prevê a possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, torna-se necessário investigar meios de harmonização entre a transação e a indisponibilidade de direitos no âmbito da mediação.

#### 4 “DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE ADMITAM TRANSAÇÃO”

O presente tópico busca apresentar meios para compreender o que seriam “direitos indisponíveis que admitam transação”. Serão apresentados alguns autores que trataram do tema, possibilitando uma harmonização entre transação e direitos indisponíveis.

Diversos autores, dos quais alguns foram mencionados no tópico 3 dessa pesquisa, defendem que, apesar do direito a alimentos ser considerado um direito indisponível, é possível a transação acerca do quantum.

A título de exemplo, Romita (2009, p.23-24) afirma que o direito a alimentos é indisponível, mas as prestações decorrentes desse direito podem ser objeto de transação. Esse também é o entendimento de Tartuce (2016, p.737) que defende a possibilidade de transigir acerca do quantum nas hipóteses que envolvem indenização fundada na responsabilidade civil ou quanto ao valor dos alimentos.

Nesse mesmo sentido, Mitiero (apud MASCARENHAS, 2009, p.91) afirma que apesar do direito a alimentos ser indisponível, o seu quantum é passível de transação. Acrescenta ainda que “é indisponível o direito/dever dos pais relativamente à guarda dos filhos, ou ao direito de visitá-los, mas **a transação sobre o modo de exercício de visitas é admitida e conveniente**” (grifo nosso).

Assim, tem-se que, além da transação acerca dos aspectos econômicos relacionados a um direito indisponível, é possível também transacionar sobre as condições de cumprimento das obrigações por ele impostas (MARTINS, 2016, p.17-18). Grinover e Watanabe (apud MARTINS, 2016, p.16), comentando o PL nº 7.169/2014, afirmaram que as condições para o cumprimento de obrigações

relacionadas aos direitos indisponíveis podem ser transacionadas, sem que isso signifique a transação do direito em si.

Martins, então, concluiu que uma das maneiras possíveis para entender o artigo 3º da Lei 13.140/2015 quanto à existência de direitos indisponíveis que admitem transação, seria a concepção de que o direito em si não é transacionado, o que se transaciona são as condições para o seu exercício ou as vantagens econômicas que dele decorrem. Dessa forma, não haveria a necessidade de se contrapor à visão habitualmente aceita pela doutrina de que os direitos indisponíveis não podem ser transacionados, uma vez que não haveria transação de direitos indisponíveis, mas apenas a negociação sobre situações conexas a esses direitos, como forma de cumprimento e vantagens econômicas (MARTINS, 2016, p.18).

Entretanto, a própria autora destaca que, embora essa tese possa ser tecnicamente admissível, sem contrariar as premissas básicas a respeito do poder de dispor, haveria grande dificuldade em estabelecer precisamente os limites entre o conteúdo dos direitos indisponíveis e as obrigações a eles relacionadas (MARTINS, 2016, p.21).

Outra alternativa possível para harmonizar transação e direitos indisponíveis seria a classificação proposta por Passos. Para o autor ([200?] p.365), os direitos indisponíveis podem ser classificados em relativa e absolutamente indisponíveis, conforme segue:

O direito de propriedade, normalmente, é um direito disponível. Mas, se o titular do direito de propriedade é um incapaz, o ordenamento retira desse titular o poder de dispor a respeito do seu direito de propriedade. O incapaz não pode declarar validamente sua vontade, no sentido de transferir a outrem o direito de propriedade de que seja titular. Cuida-se, portanto, de um direito indisponível. **Indisponível, por conseguinte, é todo direito em relação ao qual o titular não é livre de manifestar a sua vontade.** Seja que o ordenamento não o permita de modo **relativo**, isto é, **tolere a disponibilidade mediante o atendimento de certos controles** (autorização do juiz para a alienação do bem do menor), seja que o ordenamento vete, de modo **absoluto**, a renúncia ou a transferência do direito ou a modificação quantitativa de seu conteúdo (direitos a alimentos, o estado de esposa ou esposo etc.).(grifo nosso)

A ideia do autor é compartilhada também por Romita e Delgado, que aplicam essa classificação dos direitos indisponíveis no âmbito trabalhista.

Segundo Romita (2009, p.23), os direitos do trabalhador podem ser divididos em absoluta e relativamente indisponíveis. Na sua interpretação do artigo

9º da CLT, afirma que o referido dispositivo legal não declara indisponíveis os direitos do trabalhador, mas tão somente priva de eficácia os atos do empregador tendentes a inviabilizar os direitos trabalhistas. Assim, se o empregado decidisse dispor de um direito não coberto pela proteção da indisponibilidade absoluta, poderia ele recorrer à via arbitral. Tratando-se, portanto, de direitos relativamente indisponíveis, defende o autor que estes poderiam ser transacionados.

Assim também, Delgado (2017, p.232) afirma que, tecnicamente, é possível distinguir os direitos trabalhistas em direitos imantados por indisponibilidade absoluta ou relativa. Para o autor, absoluta é a indisponibilidade, quanto ao direito individual do trabalho, nos casos em que o direito merecer tutela de nível de interesse público, “por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico” ou “quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria”. Exemplificando, absoluta seria a indisponibilidade do direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Já a indisponibilidade relativa poderia ser objeto de transação, mas não de renúncia. Segundo o autor (DELGADO, 2017, p. 232), relativa é a indisponibilidade que traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório mínimo. Um exemplo de indisponibilidade relativa no âmbito trabalhista seria a modalidade de salário (salário fixo ou variável) que pode sofrer alteração desde que não resulte em prejuízo ao trabalhador.

Delgado (2017, p. 233) ressalta a importância de se distinguir essas duas modalidades de indisponibilidade no âmbito trabalhista por dois motivos principais. Em primeiro lugar porque a unificação dessas duas categorias (indisponibilidade absoluta e relativa) suprimiria um importante instrumento para compreender o novo e crescente processo de democratização do direito do trabalho, com maior espaço para a autonormatização das relações trabalhistas. Em segundo lugar, a distinção entre indisponibilidade absoluta e relativa repercute na distribuição do ônus da prova, pois quando se tratar de parcela imantada de indisponibilidade absoluta, a parte não terá que comprovar o prejuízo em face de uma questionada transação, pois a nulidade será decretada automaticamente pela autoridade judicial. Entretanto, quando se tratar de indisponibilidade relativa, a parte deverá comprovar a ocorrência de prejuízo em face de uma questionada transação.

Contudo, existem críticas a essa classificação da indisponibilidade em absoluta e relativa, no sentido de que cada doutrinador conceitua de forma diferente quais são os direitos absolutamente indisponíveis e quais são relativamente indisponíveis (CASSAR, 2011, p. 229-230).

Ademais, Cassar discorda de Delgado quanto à nomenclatura utilizada para definir os “direitos de indisponibilidade relativa”, ressaltando a visão de que, se é possível transacionar determinado direito, trata-se, portanto, de um direito disponível, e não indisponível como defende Delgado. Assim, referindo-se à teoria de Delgado, afirma Cassar (2011, p. 225):

Sugerimos que, aqueles denominados pelo autor de “direitos de indisponibilidade relativa” sejam, na verdade, chamados, de forma mais adequada, de direitos de “disponibilidade relativa”, já que referem-se a direitos de natureza privada, criados pela vontade das partes, acima do mínimo legal, podendo ser alterados ou transacionados, desde que não causem prejuízo ao trabalhador. Por isso, podem ser disponibilizados quando não causarem prejuízo ao trabalhador, ante o óbice no art. 468 da CLT, que impede alteração in pejus.

Vale ressaltar, contudo, que a Lei 13.140/2015, objeto da presente pesquisa, não se aplica ao âmbito trabalhista, por força do artigo 42, parágrafo único, o qual estabelece que a “mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”. No entanto, é importante destacar alguns autores da área trabalhista, pois eles nos fornecem elementos para melhor compreender a existência de direitos indisponíveis que admitem transação, através da classificação da indisponibilidade em absoluta e relativa.

Martins (2016, p.19-20), interpretando a teoria de Passos, afirma que absolutamente indisponíveis seriam os direitos que são sempre indissociáveis do seu titular e não admitem transação. Já os direitos relativamente indisponíveis podem ser transacionados desde que cumpram os requisitos impostos pela ordem pública. Nesse último caso, o poder de dispor não seria livre pois a manifestação da vontade do titular está sujeita ao controle obrigatório feito pelo Estado.

Embora alvo de críticas, a tese que defende a divisão dos direitos indisponíveis em absolutos e relativos foi considerada por Martins (2016, p.20) a que melhor explica o sentido do artigo 3º da Lei 13.140/2015. Para ela, os direitos relativamente indisponíveis seriam equivalentes ao que o legislador denominou de “direitos indisponíveis que admitam transação”.

Sob outra ótica, a fim de melhor compreender o artigo 3º da Lei 13.140/2015, é necessário destacar mais detalhadamente os ensinamentos de Salles sobre disponibilidade e indisponibilidade. O autor faz distinções entre indisponibilidade material e normativa, trata da indisponibilidade na Administração Pública, aborda temas relacionados à Reserva de Jurisdição e apresenta diversos outros elementos que podem auxiliar na construção de um conceito a respeito do que são os direitos indisponíveis que admitem transação.

Inicialmente, o autor (SALLES, 2014, p. 211) destaca que disponibilidade e indisponibilidade possuem uma relação de mútua exclusão, expressando situações jurídicas em que as partes podem ou não transferir ou renunciar determinado direito. Contudo, existe uma imprecisão conceitual a respeito desses termos que acaba “por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado”.

Disponibilidade e indisponibilidade são conceitos que costumam qualificar uma relação entre bens e sujeitos. Assim, bens indisponíveis seriam aqueles que não podem sofrer modificação da titularidade originária. Regra geral, a relação entre o bem e o sujeito será de disponibilidade, ou seja, os bens jurídicos podem ter a sua titularidade modificada pela vontade das partes ou decisão judicial. Excepcionalmente, determinadas modalidades de bens possuem restrições quanto a sua disponibilidade, sendo insuscetíveis de terem alterada sua titularidade (SALLES, 2014, p. 212).

Nesse ponto, o autor destaca a diferença entre indisponibilidade e disponibilidade condicionada. A disponibilidade condicionada seria a necessidade cumprir determinadas condições para que se possa realizar a transferência da titularidade do bem. Como exemplo, o autor cita a situação dos bens imóveis de incapazes que, para a sua alienação, necessitam de autorização judicial (SALLES, 2014, p. 212-213).

Também é estabelecida a diferença entre indisponibilidade material e normativa. A indisponibilidade material, que qualifica determinada relação entre bens e sujeitos, estaria ligada aos próprios atributos do bem considerado. Como exemplo, temos o direito à incolumidade física da pessoa (SALLES, 2014, p. 213).

Já a indisponibilidade normativa estaria relacionada a uma qualificação das próprias normas jurídicas, indicando a diferença entre normas cogentes e normas dispositivas. Diferente da indisponibilidade material, a indisponibilidade normativa não trata da transferência da titularidade de um bem, mas sim da aplicação de determinadas normas (SALLES, 2014, p. 213).

Assim, a indisponibilidade normativa trata de normas cogentes e busca a proteção do próprio sistema jurídico, busca proteger a efetividade da norma. Como exemplo, temos a garantia constitucional de imediata comunicação da prisão de uma pessoa ao juiz competente, prevista no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal. Trata-se de uma norma indisponível ou cogente, “cuja observância se faz, antes, em benefício do próprio sistema, pouco importando para sua efetivação a vontade do sujeito beneficiado”, sendo inválida “qualquer declaração do beneficiado no sentido de dispensar essa providência constitucionalmente prevista” (SALLES, 2014, p. 214).

Trazendo para o contexto do processo civil, o autor trata da incidência de disponibilidade ou indisponibilidade quanto às normas que estabelecem regras de competência. Sobre a competência relativa, incidiria a disponibilidade pois, embora o Código de Processo Civil estabeleça regras, as partes poderiam transacionar sobre essa competência através da eleição de foro ou poderiam prorrogar a competência de determinado foro através da aceitação pelo demandado daquele escolhido para propositura da ação. Já, quanto à competência absoluta, impera a indisponibilidade, e mais especificamente a indisponibilidade normativa, por se tratar de norma cogente que busca a proteção do próprio sistema jurídico (SALLES, 2014, p. 214-215).

Feita a distinção entre disponibilidade condicionada, indisponibilidade material e indisponibilidade normativa, o autor passa a refletir sobre as aplicações desses conceitos no âmbito do Direito Administrativo. Afirma que a indisponibilidade, normalmente utilizada de forma genérica, no Direito Administrativo costuma corresponder à sua modalidade normativa. Em relação à administração pública, a indisponibilidade material seria exceção e estaria restrita às situações em que os bens públicos possuem um caráter coletivo (SALLES, 2014, p.215).

Quanto à indisponibilidade do interesse público, defende que é necessário compreender o exato significado desse conceito, “sem generalizar a indisponibilidade para todos os bens, negócios e relações da Administração Pública” (SALLES, 2014, p.216). Sobre a indisponibilidade do interesse público afirma o autor:

No tocante ao interesse público, a dita indisponibilidade não representa mais que a vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando a obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares. Não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade, deixa de atender ao interesse público, não está propriamente “dispondo” daquele, mas violando a uma norma pela qual o interesse público deveria prevalecer (SALLES, 2014, p.216).

Nesse mesmo sentido, o autor esclarece o que seria a indisponibilidade dos bens públicos, conforme segue:

A confusão a esse propósito situa-se, mais uma vez, na incorreta utilização do conceito de indisponibilidade. Isso ocorre por que, também, os bens públicos possuem uma vinculação a determinadas finalidades. A esse propósito, a noção de indisponibilidade é utilizada para indicar somente que “os bens públicos estão vinculados ao atendimento de finalidades públicas, e somente para este fim se encontram disponíveis. Para quaisquer outras finalidades, não importam quais sejam, não são ou es-

tão indisponíveis. Essa vinculação, todavia, não é significativa da impossibilidade de modificação da titularidade do bem público. Tal expressão não indica mais do que a vinculação de um bem a uma finalidade específica. Novamente, não se verifica propriamente uma indisponibilidade. Respeitadas as finalidades a que os bens se destinam, atos de disposição, com a transferência de sua titularidade, do Estado para o particular, ocorrem trivialmente no Poder Público (SALLES, 2014, p.217-218).

Assim, como exemplo de situações em que a Administração Pública pratica atos de disposição de bens públicos, o autor cita a realização de pagamento de uma obra ou uma simples campanha de vacinação, pois em ambos os casos existe uma transferência de valores em favor do particular, caracterizando, portanto, um ato de disponibilidade de recursos públicos. Ademais, também há disponibilidade quando a Administração paga benefícios assistenciais, como o bolsa família, dispendo de bem público sem qualquer contrapartida (SALLES, 2014, p. 218).

Verifica-se, assim, que, como regra, não existe indisponibilidade dos bens públicos. Na verdade, os bens públicos submetem-se a um regime de **disponibilidade condicionada**, nos termos indicados em item anterior, devendo sua disposição atender a determinados requisitos de ordem material, como a vinculação a determinada finalidade, e processual, como a exigência de licitação (SALLES, 2014, p. 218-219) (grifo nosso).

Dessa forma, o autor conclui que o conceito de indisponibilidade utilizado para designar a indisponibilidade do interesse e dos bens públicos tem significado diferente daquele referente à vedação de transferência de titularidade de bens públicos. Em se tratando do interesse público, tem-se apenas um princípio de vinculação ao interesse público e, em se tratando de bens públicos, tem-se uma disponibilidade condicionada dos bens públicos (SALLES, 2014, p. 219).

Pode-se concluir, a respeito da matéria tratada neste subitem, que o regime de direito público não implica uma absoluta e generalizada indisponibilidade de bens e interesses. Ao contrário, relativamente aos bens, na maioria das vezes, há, isto sim, uma disponibilidade condicionada, no sentido de dever-se respeitar determinados requisitos de ordem material e processual. No que toca aos interesses, se bem entendida, a afirmada “indisponibilidade” não expressa mais que uma vinculação das ações administrativas a finalidades determinadas (SALLES, 2014, p. 220).

Em visão semelhante, Machado, ao tratar da transação no Direito Tributário, afirma que o Estado poderia dispor do tributo desde que atuasse pelos meios adequados para proteção do interesse público. Assim, nas palavras do autor:

Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio

do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. **Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público,** vale dizer, atuando pela via legislativa, e para a realização dos fins públicos. **Em algumas situações é mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio do que levar este até a última instância, com a possibilidade de restar a Fazenda Pública a (sic) final vencida.** Daí a possibilidade de transação. Em casos estabelecidos na lei, naturalmente, e realizada pela autoridade à qual a lei atribuiu especial competência para esse fim (grifo nosso) (MACHADO apus PIRES, 2010, p. 20)

Por fim, Salles (2014, p. 221) aborda a confusão que muitas vezes ocorre entre os conceitos de reserva de jurisdição e indisponibilidade. Segundo afirma o autor, a reserva de jurisdição indica situações em que somente por meio de mecanismos judiciais do Estado é possível produzir um resultado juridicamente válido. Nessas hipóteses, restaria inviabilizada a utilização de mecanismos consensuais.

Como exemplo, o autor menciona o princípio da *nulla poena sine iudicio*, aplicado ao direito penal, segundo o qual é necessária a existência de processo judicial para aplicação de qualquer sanção penal. No âmbito cível, a reserva de jurisdição seria aplicada, por exemplo, aos casos de anulação de casamento, interdição de incapaz e extinção do poder familiar (SALLES, 2014, p. 222).

Contudo, deve-se distinguir reserva de jurisdição e indisponibilidade do bem jurídico disputado entre as partes. Em algumas situações a reserva de jurisdição está relacionada a uma disponibilidade condicionada à atuação da jurisdição estatal, como é o caso da alienação de bens imóveis do incapaz. Nesse caso, os bens não são indisponíveis, mas só poderão ser alienados mediante autorização judicial (SALLES, 2014, p. 223).

Quanto à indisponibilidade material, nem sempre ela estará vinculada à reserva de jurisdição para que ocorra uma transação.

Por exemplo, o direito de visita ou a alimentos. Não resta dúvida que os bens envolvidos sejam indisponíveis. Não obstante essa indiscutível indisponibilidade, as partes podem transacionar, fazendo um acordo acerca desses bens e, cumprindo-o espontaneamente, não necessitem de formalização da avença em juízo, embora não se possa desconhecer segurança jurídica que tal medida geraria. O recurso à jurisdição estatal apenas será necessário quando e se o acordo não for cumprido (SALLES, 2014, p. 223).

De maneira diversa ao exemplo acima exposto, a capacidade da pessoa, bem que também é indisponível, não está sujeita à transação pelos interessados, pois sua modificação depende da atuação da jurisdição estatal (SALLES, 2014, p. 223).

Assim, Salles (2014, p. 223) estabelece uma relação entre a indisponibilidade dos bens e a possibilidade de transação. Segundo o autor, “o diferencial quanto à possibilidade ou não de transação está ligada à afetação dos interesses envolvidos”.

Se afetados ou titularizados exclusivamente a sujeitos determinados, sem repercussões de caráter geral, como no caso dos alimentos, a transação é admissível. Se, contudo, a indisponibilidade envolver interesses gerais que, mesmo por via indireta transcenderem a um sujeito determinado, como na interdição, inviável juridicamente a transação e presente a reserva de jurisdição. Em suma, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens. No tocante a essa última, é preciso distinguir aquelas situações em que a indisponibilidade gera impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a um interesse geral (SALLES, 2014, p. 223).

Das lições de Salles, em primeiro lugar é necessário compreender o sentido que a palavra “indisponibilidade” assume no caso concreto. Conforme demonstrado pelo autor, o que comumente é tratado como “indisponibilidade” pode ser disponibilidade condicionada, indisponibilidade material ou indisponibilidade normativa. Em se tratando de questões que envolvem a Administração Pública, podemos estar diante de um simples princípio de vinculação do interesse público ou de uma disponibilidade condicionada dos bens públicos.

Por fim, o autor estabelece uma relação entre transação e indisponibilidade, afirmando que é possível a transação quando afetados apenas sujeitos determinados e não houver repercussão geral. Em contrapartida, se a indisponibilidade estiver relacionada a interesses gerais, não caberia transação.

Cabe ressaltar ainda que a transação de direitos indisponíveis prevista pela Lei 13.140/2015 não está sujeita apenas à autonomia das partes, pois, o artigo 3º, §2º, da referida lei, estabelece a necessidade de oitiva do Ministério Público e homologação em juízo, caso ordenamento jurídico não atribua eficácia executiva ao acordo entre as partes quanto aos direitos indisponíveis transacionáveis, situação distinta do que ocorre, por exemplo, com o consenso atinente ao quan-

tum da verba alimentar, que, por força do art. 911, do CPC/2015, pode ter como fundamento título executivo extrajudicial.

Considerando as três correntes apresentadas, entendemos que a proposta de Salles é a que melhor fornece elementos para compreender a transação de direitos indisponíveis, pois explora os diversos sentidos que a “indisponibilidade” pode assumir no caso concreto e a conseqüente possibilidade ou não de transação.

É possível também estabelecer uma relação de compatibilidade e complementaridade entre a proposta de Salles e a segunda corrente apresentada no presente tópico. As situações previstas por Salles como passíveis de transação poderiam se enquadrar como direitos de indisponibilidade relativa, enquanto as situações que não admitem transação estariam contidas nos direitos absolutamente indisponíveis.

Inobstante, a proposta de Salles é por demais relevante, pois, possibilita maiores subsídios para a concreção razoável/proporcional do conceito de indisponibilidade e de sua possível transação ou não no contexto da mediação.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou que a mediação é um método de resolução de conflitos organizado e devidamente regulamentado pela legislação brasileira que, embora conceda grande autonomia às partes na administração de seus conflitos, está submetido à limitação quanto ao seu objeto, quando se tratar de direitos indisponíveis e intransigíveis.

Também foi abordada, ao longo da pesquisa, a dificuldade de estabelecer uma conceituação sobre “indisponibilidade” e conseqüente definição do que são “direitos indisponíveis”, uma vez que a legislação brasileira não fornece muitos esclarecimentos sobre o que é a “indisponibilidade”, o que conduz inarredavelmente à ideia de que se está diante de um conceito jurídico vago e indeterminado que pode ser interpretado de muitas maneiras diferentes, como é possível notar pela pesquisa de Martel e pelos ensinamentos de Salles. A título de exemplo e reiterando o que foi explorado nos tópicos 2 e 3 do presente trabalho, a indisponibilidade pode designar diversas situações, como a impossibilidade de abdicar determinado direito, direitos titularizados por uma coletividade de pessoas ou por pessoas que não possuem capacidade plena para deles abdicar. Pode indicar ainda um simples princípio de vinculação ao interesse público, segundo defende Salles ao tratar da indisponibilidade no âmbito da Administração Pública.

É possível concluir, portanto, que muitas são as circunstâncias que podem fazer com que um direito seja considerado indisponível e que a indisponibilidade

nem sempre designa uma situação que impede atos de disposição. Nesse sentido, a indisponibilidade pode indicar apenas uma limitação e não necessariamente uma vedação, como é o caso da indisponibilidade dos bens públicos que, segundo abordado por Salles, podem sofrer atos de disposição desde que para atender finalidades públicas.

Diferente do que ocorre com a indisponibilidade, a legislação brasileira estabelece expressamente no Código Civil definições claras para compreender o que é a transação. Por mais que exista divergência doutrinária em alguns pontos como, por exemplo, a natureza jurídica e as características da transação, existem limites legais mais bem definidos e maior consenso da doutrina quanto às questões fundamentais, como a necessidade de haver concessões recíprocas e o caráter amigável da transação.

Assim, em se tratando de transação de direitos indisponíveis na mediação, não se está diante de uma simples renúncia de um direito por uma das partes, pois a transação está fundamentada justamente na existência de concessões recíprocas e, considerando a atuação do mediador nesse processo autocompositivo, eventual acordo firmado estará sinalizando a satisfação de ambas as partes em realizar determinadas concessões para extinguir o litígio.

Diante do exposto, tendo em vista o artigo 3º da Lei da Mediação e considerando os exemplos práticos de como direitos indisponíveis já vêm sendo negociados, conclui-se que é necessário abandonar a visão habitual de que a indisponibilidade de um direito é, por si só, razão suficiente para inviabilizar uma transação.

Dessa forma, ao final da pesquisa, procura-se apresentar três correntes doutrinárias para explicar a possível relação harmônica entre transação e direitos indisponíveis.

A primeira corrente defende que, de fato, o direito indisponível não seria passível de transação, contudo, haveria possibilidade de transacionar sobre as condições para o exercício desse direito e as vantagens econômicas dele decorrentes, havendo críticas quanto à dificuldade de diferenciar o que seria o conteúdo do direito em si e o que seriam as obrigações conexas objeto de transação.

A segunda corrente, amplamente abordada no âmbito trabalhista, defende a existência de direitos absoluta e relativamente indisponíveis. Assim, os direitos absolutamente indisponíveis não seriam objeto de transação, ao passo que os relativamente indisponíveis poderiam ser transacionados. Contudo, existem críticas apontando que cada doutrinador realiza essa classificação de maneira própria, de modo que o que é absolutamente indisponível para um poderia ser relativamente indisponível para outro e vice-versa.

Por fim, como terceira alternativa para compreender a transação de direitos indisponíveis, são apresentados os ensinamentos de Salles que enfoca a necessidade de compreender o real sentido que a “indisponibilidade” assume no caso concreto, diferenciando ainda o que seria indisponibilidade material, indisponibilidade normativa e disponibilidade condicionada. Feitos esses esclarecimentos, em se tratando de indisponibilidade normativa e, quanto à indisponibilidade material, a possibilidade de transação dependeria da afetação dos interesses envolvidos. Se afetados os interesses de sujeitos determinados, sem repercussão de caráter geral, haveria a possibilidade de transação. Se o caso concreto envolvesse interesses gerais, restaria inviabilizada a transação.

Assim, considera-se que a visão proposta por Salles é a que melhor fornece elementos para compreender o artigo 3º da Lei 13.140/2015, quanto à possibilidade de transacionar direitos indisponíveis, embora o tema não esteja esgotado, uma vez que a aplicação desses conceitos ao caso concreto exige o enfrentamento de diversas questões específicas a depender do ramo do direito tratado.

Ademais, a classificação proposta por Salles não anula a possibilidade de classificar a indisponibilidade dos direitos em absoluta e relativa, sendo que as situações previstas por Salles como inviáveis de transação se enquadrariam na classificação dos direitos absolutamente indisponíveis, ao passo que as circunstâncias que permitem transação indicariam a existência de direitos relativamente indisponíveis.

## REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Bahia: editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perguntas Frequentes*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 jan. 2018.

BRASIL. Governo do Brasil. *Entenda como funciona o mercado de crédito de carbono*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/meio-ambiente/2012/04/entenda-como-funciona-o-mercado-de-credito-de-carbono>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 24 jan.2018.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015b*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal (Comissão de Constituição e Justiça). *Parecer n. 1, de 2014*. Sobre o projeto lei do senado n.517 de 2011, que institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Relator: Senador Vital do Rêgo. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=144167&tp=1>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma) . REsp: 369822-PR 2001/0154871-6, Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social-INSS e Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro GILSON DIPP, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 22 abr. 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7469683/recurso-especial-resp-369822-pr-2001-0154871-6/inteiro-teor-13106242>. Acesso em: 06 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). REsp: 1198424-PR 2010/0108482-2, Recorrente: José Lopes Rodrigues e Recorrido: Município de Goioerê. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21534024/recurso-especial-resp-1198424-pr-2010-0108482-2-stj>. Acesso em: 06 mar. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 22. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito Lacônico, conseqüências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARTINS, Gabriela Freire. “Direitos Indisponíveis que admitem transação”: breves considerações sobre a Lei n. 13.140/15. *Caderno Virtual*, Brasília, v. 1, n. 22, p. 1-25, 2016.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial dos Litígios*. 2009. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Foyense, [200?].

PIRES, Márcia Franco. *A transação como forma de extinção do crédito tributário: limites, possibilidades e renúncia fiscal*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

RABELO, Cilana de Moraes Soares; SALES, Lilia Maia de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

ROMITA, Arion Sayão. Meios alternativos de resolução dos dissídios individuais do trabalho. *Revista Videre*. Dourados, v. 01, n. 2, p. 09-30, jul./dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGRAVO DE INSTRUMENTO: 70056328552 RS. Agravante: Vilmar Soares dos Santos e Agravado: Município de Taquara. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. *Diário da justiça do Rio Grande do Sul*, 26 ago. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113226809/agravo-de-instrumento-ai-70056328552-rs>. Acesso em: 06 mar. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL: 70052537214 RS. Apelante: Município de Novo Hamburgo e Apelado: Companhia Rio-grandense de Saneamento-CORSAN. Relatora: Lúcia de Fátima Cerveira. *Diário da justiça do Rio Grande do Sul*, 26 maio 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120520463/apelacao-civel-ac-70052537214-rs>. Acesso em: 06 mar. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: PASTORE, Ana Claudia Ferreira. *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016.