

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONCILIAÇÃO SEGUNDO AS PREMISSAS DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Luiza Dower de Melo

Presidente Prudente

2013

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CONCILIAÇÃO SEGUNDO AS PREMISSAS DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Luiza Dower de Melo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Márcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente

2013

A CONCILIAÇÃO SEGUNDO AS PREMISSAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Márcio Ricardo da Silva Zago

Fabiana Junqueira Tamaoki

Cláudio José Palma Sanchez

Presidente Prudente, 12 de novembro de 2013.

"O que conduz o mundo é o espírito e não a inteligência."

Antoine de Saint-Exupéry

Dedico este trabalho a minha família, especialmente as minhas avós Neusa Dower e Genny Mattioli.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por me conceder a vida e o privilégio de cursar Direito nesta instituição de ensino.

Agradeço minha família, Hugo, Edilene, Laura e Pedro, que me ajudaram nessa caminhada. Sem a marcante presença deles com todo apoio, amor e carinho, não seria possível completar o trabalho.

A minha avó Genny Mattioli que sempre me motivou a estudar e ser forte. Sei que hoje a senhora estaria orgulhosa de mim, devo muito a sua sabedoria e paciência infinita.

Aos amigos que tornam a vida mais divertida e são alicerces em momentos difíceis. Obrigada a todos, presentes ou distantes. Agradecimento especial aos amigos que me ajudaram, com material, livros, tempo e conselhos. Obrigada.

Ao meu orientador, Márcio Ricardo da Silva Zago, que colaborou de forma fundamental nesse trabalho. Obrigada por ter aceitado o convite e acreditado em mim. Agradeço por sua orientação, por me ajudar com a organização das idéias principais, pela indicação de ótimos livros que me foram importantíssimos desde os estudos do artigo até este resultado final. Sou muito grata por ter me acompanhado nessa trajetória.

Aos meus examinadores, Fabiana Junqueira Tamaoki e Cláudio José Palma Sanchez, por terem aceitado meu convite e por serem pessoas da qual me espelho muito.

RESUMO

Este trabalho visa analisar o desenvolvimento de novas metodologias e tendências do Processo Civil com relação aos meios alternativos de solução de conflitos, que são um dos aspectos motivadores da elaboração de um novo Código de Processo Civil brasileiro. Nos últimos anos a mediação e conciliação ganharam destaque no sistema jurídico brasileiro e, agora, mais do que nunca, devido a expectativa real de um novo Código, é preciso rudimentar suas bases sobre a ótica da autocomposição. Desse modo, o presente trabalho expõe sobre a história do Processo Civil Brasileiro, a corrente do neoconstitucionalismo e a teoria do Processo Civil contemporâneo para, ao final, compreender o trajeto que essa ciência tem percorrido na busca de melhorias do seu sistema jurídico. Tendo em vista a finalidade do processo na composição de conflitos, a conciliação também é um meio adequado. Para tanto, necessita ser aperfeiçoada. A previsão da mediação e da conciliação no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil pode ser um importante passo para quebra dos paradigmas sobre os métodos de autocomposição judicial e extrajudicial. Adentrando ainda à reflexão da conciliação como medida pré-processual na tentativa de aliviar atualmente o imenso número de processos que amedrontam e enfraquecem o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Tendências do Processo Civil. Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Autocomposição. Novo Código de Processo Civil. Anteprojeto.

ABSTRACT

This paper to analyze the development of new methodologies and trends of Civil Procedure with respect to alternative means of conflict resolution for being one of the motivational aspects of the development of a new Brazilian Civil Procedure Code. In recent years the mediation and conciliation gained prominence in the Brazilian legal system, and now more than ever, because the real expectation of a new code, you need to rudimentary bases on optical consensual solutions. Thus, this paper expounds upon the history of the Brazilian Civil Procedure, the current theory of neo and Civil Procedure for contemporary, ultimately, understand the path that science has gone in search of improvement of its legal system. Given the purpose of the composition process of conflict, reconciliation is also an appropriate way. To do so, it needs to be improved. The prediction of mediation and conciliation in the draft of the new Code of Civil Procedure may be an important step to break the paradigms of the methods of judicial and extrajudicial consensual solutions. Entering further reflection of conciliation as measured pre-trial in an attempt to alleviate the immense number of current processes that frighten and weaken the judiciary.

Keywords: Trends of Civil Procedure. Alternative Means of Dispute Resolution. Consensual Solutions. New Code of Civil Procedure. Draft.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	12
2.1 Eventos Históricos do Processo Civil Brasileiro	14
2.2 O Código de Processo Civil de 1973 e suas Reformas.....	15
3 NOVAS TENDÊNCIAS DO ATUAL PROCESSO CIVIL.....	18
3.1 Teorias do Processo Civil Contemporâneo	18
3.2 Neoconstitucionalismo.....	19
3.2.1 Breve evolução do processo civil nacional até o neoprocessualismo	23
3.2.2 Principais consequências do neoprocessualismo	24
4 MOMENTOS CONCILIATÓRIOS NO ATUAL PROCESSO CIVIL	26
4.1 Disposições Gerais	26
4.2 Arbitragem.....	27
4.3 Mediação.....	28
4.4 Conciliação.....	29
4.5 Importante Marco da Política Pública de Composição de Conflitos e Crítica a sua Implantação.....	32
5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
5.1 Disposições Gerais e Motivos	35
5.2 Premissas do Novo Código de Processo Civil	37
5.2.1 Celeridade e razoável duração do processo	38
5.2.2 Eficiência e efetividade.....	40
5.2.3 Segurança jurídica	42
5.3 Mudanças Pertinentes do Texto Original do Anteprojeto	43
6 CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	51

1 INTRODUÇÃO

Partindo da premissa maior de que a vida não espera o Direito, a ciência do direito é o espelho da sociedade.

O espelho e a sociedade são, de fato, muito diferentes. Contudo, o reflexo do espelho só existe pela presença de algo real. É a sociedade quem atribui existência ao direito.

O direito é o conjunto de normas de toda e qualquer disciplina da vida em sociedade, portanto, seria impossível não normatizar o comportamento humano (THEODORO JR, 2009, pg.1).

Ainda, não seria possível entender a ciência do direito sem aprofundar-se sobre sua filosofia. Esta consiste primordialmente na atividade de admiração. Segundo Aristóteles (REALE, 2001, pg. 11) sobre a filosofia, de que:

“De fato, os homens começam a filosofar, agora como na origem, por causa da admiração, na medida em que, inicialmente, ficavam perplexos diante das dificuldades mais simples; em seguida, progredindo pouco a pouco, chegaram a enfrentar problemas sempre maiores, [...]”. (Metafísica, I, 2, 982b).

Quando a admiração acontece, através do direito, a sociedade visualiza melhor seus traços e, conseqüentemente, poderá tratar suas particularidades. Desse modo, o direito se torna uma ferramenta.

A sociedade está continuamente mudando. Precisa então ser contemplada sobre o espelho correto, pois cada espelho tem uma forma diferente, ao ponto que, o resultado esperado da imagem pode ser alterado por uma simples envergadura em sua forma - assim como ocorre com o reflexo de espelhos convexos e côncavos.

Logo, as freqüentes mudanças na sociedade afetam conseqüentemente o mundo do direito, por reflexo.

O presente trabalho visa analisar a conciliação segundo as premissas do novo Código de Processo Civil que faremos sempre levando em consideração sua aproximação da sociedade e dos eventos históricos, exclusivamente no âmbito nacional.

Aproximadamente nas últimas duas décadas o Brasil passou por inúmeras transformações, especialmente no que tange o âmbito social, tecnológico e jurídico.

Com o fim da ditadura militar em 1985 e aprovada a Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro saiu de um panorama de perseguição, censura e supressão dos direitos constitucionais, para a redemocratização e ascensão do chamado Estado Democrático de Direito (ARAUJO, 2009, pg. 100).

Dessa nova atmosfera surgiu o movimento de acesso à justiça, abrindo as portas do Poder Judiciário através de institutos e medidas para aproximar o direito da sociedade, facilitando o acesso, objetivando os resultados e garantindo um devido processo legal (MARINONI, 2008, pg. 186).

Vários foram os ganhos sociais. E hoje, frente à globalização, às inovações no campo da tecnologia, economia, informação e da comunicação, presenciamos uma sociedade complexa, plural e em vasto crescimento numérico.

Todos esses fatos também contribuíram para um aumento exponencial de ações apresentadas ao Judiciário.

Do mesmo modo, buscando responder a emergente demanda e politização da sociedade, o atual Código de Processo Civil de 1973 passou por várias reformas nos últimos anos e, com o destaque da evolução do estudo do Processo Civil Contemporâneo e a influência do neoconstitucionalismo sobre as áreas do direito brasileiro, ficou cada vez mais evidente a necessidade da elaboração de um novo Código e da aplicação de métodos alternativos de composição dos conflitos.

O Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro desempenha papel de extrema importância, sendo a única Lei infraconstitucional utilizada em todos os ramos do direito. O processo civil tem caráter residual, ou seja, poderá ser utilizado por qualquer outra matéria que não tenha lei especial prevista.

Por esses motivos, pequenas mudanças e inovações já não são mais suficientes visto que ainda estamos manuseando um Código de 1973.

O procedimento precisa ser reorganizado em sua filosofia e metodologia jurídica. Enfim, superar os paradigmas formais do direito sob a luz da Constituição (CAMBI, 2009, pg. 19-20).

Para alcançar estes objetivos, o trabalho analisará as novas tendências do processo e sua repercussão ao Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, como também, os momentos conciliatórios segundo as premissas desse novo Código.

A conciliação é, por exemplo, umas das alternativas de composição de conflitos que respeita os princípios da celeridade, efetividade e segurança jurídica.

Entretanto, não se trata de uma experiência nova para a ciência do direito. Porém, o que se analisa nesse trabalho é o pouco acrescentado no texto do Processo Civil nas últimas reformas, comprovando a carência da política da conciliação no Brasil.

Desse modo, visa apresentar as maneiras que a conciliação e a mediação podem evoluir dentro do procedimento brasileiro, suplementando sua capacidade de compor conflitos em primeira instância.

Ademais, a busca pela efetividade do procedimento deve coincidir com as disposições Constitucionais da garantia do livre acesso à justiça e da razoável duração do processo, respectivamente incisos XXXV e LXXVIII do Art. 5, da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário do prolongamento no tempo de lides que cabe transação, quando o judiciário atribuir à conciliação técnicas específicas, será possível experimentar a implantação da cultura da conciliação no Judiciário; diminuindo em grande parte o volume dos processos, para que os juízes aproveitem o tempo com demandas mais complexas.

Assim, é importante observar o atual momento do Direito e do Processo Civil no Brasil, começando pelo estudo do Direito Processual Civil.

2 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Antes de se atentar à definição, importante a análise do estudo do Direito Processual Civil pela compreensão do Mestre Cássio Scarpinella Bueno (2013, pg. 36) de que:

O direito processual civil não existe em si e para si. Ele existe autonomamente, isto é certo. Mas sua finalidade é, por definição, estranha a ele. Trata-se de um ramo do direito que tem como missão última servir os outros, realizando-os, tornando-os realidade concreta.

Não restam dúvidas de que o direito processual é objeto importante para a ciência do direito. Quanto mais longe avançar esta ciência, melhor o processo servirá à sociedade em um aspecto geral.

O processo é conseqüência da intervenção do Estado na busca do exercício de suas funções, e teve origem pela necessidade do Estado em resolver conflitos espontâneos da convivência social. Nesse pensamento, José Frederico Marques (1998, pg. 27) pondera:

Intervém, então, o Estado, para compor o conflito, dar a cada um o que é seu e aplicar coativamente a norma jurídica adequada à situação litigiosa que se criou. Essa aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesse, o Estado a realiza através do processo e mediante o exercício de uma de suas funções básicas, que é a jurisdição.

Sendo o Estado, detentor da jurisdição, hábil à solução de conflitos, o estudo do Direito Processual Civil se destina a composição das “lides civis” (ALVIM, 2011, pg. 39).

Grosso modo, por exclusão, inicialmente a lide civil afasta-se do ramo das jurisdições especiais e, em seguinte, da lide penal (MARQUES, 1998, pg. 33).

Havendo uma pretensão resistida, ou seja, um conflito de interesses entre dois ou mais indivíduos, o Estado atuará na autoridade do juiz imparcial,

mediante um procedimento específico, a fim de conhecer o fato e o que motivou a procura pela tutela jurisdicional.

Com o avanço do estudo do Processo Civil, desenvolveram-se métodos para análise dessa ciência. Atualmente, afirmam os doutrinadores que é de boa técnica visualizar o mesmo assunto sobre diferentes perspectivas antes de conceituá-lo, para que a análise abrangente proporcione conceitos seguros e complexos.

Cabe ressaltar, no tocante as noções iniciais do direito processual, os quatro institutos fundamentais do processo civil: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo (GONÇALVES, 2013, pg. 36).

Quanto a jurisdição, o processo é o meio pelo qual ela é exercida, ou seja, “A jurisdição caracteriza-se por tutelar situações jurídicas concretamente deduzidas em um processo” (DIDIER JR, 2013, p.25).

Já a ação e a defesa, estão intimamente ligadas a ideia de pretensão jurisdicional a cerca de uma tutela e a possibilidade do contraditório a essa pretensão.

Assim, é o processo civil o veículo utilizado pelo ramo do direito público para aplicação da lei. Logo, o direito processual civil, a serviço do Poder Judiciário, rege, por sua finalidade, a composição dos litígios atinentes a presença de partes controversas e conflitantes entre si, desenvolvendo atividade jurisdicional por meio de normas, regras e princípios (GONÇALVES, 2013, pg. 38).

Em outras palavras, adverte Cassio Scarpinella Bueno (2011, pg. 43) que “o “direito processual civil”, desta sorte, é disciplina que se dedica a estudar, a analisar, a sistematizar a atuação do próprio Estado”.

Ademais, processo é diferente de procedimento. Sobre este último, explica José Frederico Marques (1998, pg.37) que:

Os atos que constituem o processo sucedem-se de maneira regular e segundo a forma que a lei determina, para serem praticados e se coordenarem. A sucessão coordenada dos atos do processo e à forma de cada um e do respectivo encadeamento com os outros atos, dá-se o nome de procedimento.

O Processo Civil contemporâneo vive um momento de mudança, de busca pela efetividade, busca pela identidade, busca pela resposta para a demanda da sociedade pós-moderna. Assim, o processo civil, embora tenha por base o período em que foi elaborado, precisa acompanhar as mudanças da sociedade.

2.1 Eventos Históricos do Processo Civil Brasileiro

Enquanto Brasil Colônia, por três séculos estiveram em vigor as Ordenações Filipinas. Nesta época, o processo era disciplinado por leis portuguesas e tinha como principal característica o impulso do processo pelas partes, destaque do princípio dispositivo (DUTRA, 2008).

Junto com o Código Comercial editado em 1850 surge o Regulamento 737, primeiro somente para regular as relações comerciais, todavia, estendeu sua aplicação às áreas cíveis com a chegada da República (GONÇALVES, 2013, pg. 45).

Com sua forma clara e simples, o Regulamento 737 pode ser considerado o primeiro documento de natureza processual adotado no Brasil, entretanto, as Ordenações Filipinas ainda regulavam as demandas cíveis (SANTOS, 2011, pg. 74).

Emergentes novas leis complementares e modificativas desde a Independência, consoante a necessidade de reunir todas em um único documento no âmbito das matérias cíveis, surge do trabalho de Antonio Joaquim Ribas a Consolidação das Leis do Processo Civil, que passou a ter força de lei em 1876 (SANTOS, 2011, pg. 74).

Foi em 1891, através da Constituição Republicana, que surgiram os Códigos Estaduais, contudo, apenas com a vinda da Constituição Federal de 1934 é que foi dada à União atribuição exclusiva para legislar sobre a matéria de processo. Logo, acarretou na edição dos Códigos de Processo Civil de 1939 e o atual Código de 1973 (GONÇALVES, 2013, p. 45).

Em meados de 1930, uma revolução de cunho revisional sobre as leis brasileiras faz brotar uma nova fase do processo civil no Brasil, tendo em vista fontes evolucionistas do processo de origem francesa e italiana. O Código de 1939 adotou aspectos da fase moderna, tornando o processo instrumento Estatal, principalmente porque evidenciava os princípios da publicidade e oralidade (SANTOS, 2011, pg. 78).

Entretanto, a partir de 1960 o país vive uma transição com o início da instalação de um regime ditatorial enquanto o populismo sofria uma forte crise.

Decorrente de um golpe em 1964, até 1984, o Brasil atravessou o período do regime militar. Mesmo nesse período a preocupação dos militares era prosseguir com a abertura da política que foi iniciada em meados de 1970 (FONTOURA, 2012).

Destarte, tendo em vista todos esses eventos da história, foi sobre esta atmosfera editado o atual Código de Processo Civil brasileiro promulgado pela Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

2.2 O Código de Processo Civil de 1973 e suas Reformas

O Código de Processo Civil de 1973 previa, originalmente, resolver questões patrimoniais, contratos e litígios familiares no âmbito das sucessões. Em sua estrutura, o atual Código de Processo Civil rompeu definitivamente com as bases do revogado Código Processual Civil de 1939 (BUENO, 2011, pg. 107).

Visionado por Buzaid e inspirado nos estudos do jurista italiano Liebman, o atual Código de Processo Civil, dentre várias inovações, é, sobre tudo um código emergente de uma nova formação processual (GONÇALVES, 2013, pg. 46). Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara (2009, pg.32) expõe:

É inegável que o Código de Processo Civil projetado por Buzaid foi, em sua época, um avanço. Trouxe para o direito brasileiro a influência das mais modernas teorias européias, notadamente da escola científica italiana, o que se deve à já citada influência de Liebman sobre o pensamento jurídico nacional. Teve o Código, é certo, alguns defeitos (entre os quais, a meu ver,

o mais grave é a ausência de uma “parte geral”, tendo o Livro I, dedicado à regulamentação do processo de conhecimento, de exercer tal função). Apesar dos defeitos, porém, os quais são inevitáveis, e entre elas destaco a absoluta coerência entre todas as normas processuais por ele veiculadas.

Além das reformas e inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil, teve por outra finalidade a produção de mecanismos para facilitar a manipulação dos institutos e simplificar termos e procedimentos. Ressalta-se apenas a ausência de uma parte geral, conforme mencionado acima.

Dentre as mudanças, este novo Código é dividido em cinco Livros (I – Do Processo de Conhecimento; II – Do processo de execução; III – Do Processo Cautelar; IV – Dos procedimentos especiais e V – Das Disposições Finais e Transitórias), sendo que os quatro primeiros abordam a forma de exercício e prestação de tutelas jurisdicionais e o último livro caracteriza por regular sobre direito intertemporal processual (BUENO, 2011, pg. 58/59).

Em detrimento a inúmeras reformas, nota-se um crescente estudo sobre o Processo no Brasil. Desde o final da década de 1960 esse estudo foi ampliado. A revolução de cunho doutrinário foi o primeiro acontecimento marcante dessa nova formação, e por consequente, a segunda razão ocorreu no próprio ordenamento jurídico através das alterações de ordem Constitucional com a vinda da Constituição Federal de 1988 (BUENO, 2011, p.61).

Com a chegada da década de 1990, iniciou-se o processo de “reforma do CPC”. Optou-se por um sistema gradual de implantação de pequenas reformas, em detrimento de uma nova codificação (GONÇALVES, 2013, pg. 45).

Em verdade, desde sua concepção, o Código de Processo Civil passou por diversas reformas, mas foi pela difusão iniciada na década de noventa do pensamento do direito processual civil contemporâneo que ocorreram as maiores reformas (BUENO, 2011, pg. 116), veremos a seguir. E, desde então as reformas no Código de Processo Civil não pararam.

Essa trajetória de reformas segundo os estudos de Alexandre Freitas Câmara (CARNEIRO; CALMON, 2009, pg. 33), na primeira etapa, regularizou institutos como a tutela antecipada e modificou outros institutos antigos como o agravo, por exemplo. Somente na segunda e na terceira etapas é que a filosofia do

Código de Processo Civil rompeu com as idéias de Liebman introduzidas por Buzaid, em especial no que tange ao procedimento de execução.

As reformas setoriais desse período de transição da filosofia do Código para Alexandre Freitas Câmara (CARNEIRO; CALMON, 2009, pg. 34), evitou a espera de um novo Código de Processo Civil para que de fato o Direito Processual fosse renovado.

A emenda constitucional nº45, conforme Moacyr Amaral Santos (2011, pg. 84) introduziu importantes alterações estruturais, sendo denominada como “Reforma do Poder Judiciário”.

Tantas foram as reformas que entendeu-se oportuna nomeação de uma Comissão de Juristas para a preparação de um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil (BUENO, 2011, pg.116).

3 NOVAS TENDÊNCIAS DO ATUAL PROCESSO CIVIL

Esta parte do trabalho destina-se a descrever sobre novas tendências do processo civil, com destaque para o Neoconstitucionalismo e as Teorias do Direito Contemporâneo.

3.1 Teorias do Processo Civil Contemporâneo

O estudo do Processo Civil Contemporâneo utiliza-se de três premissas iniciais indispensáveis para correta compreensão da Teoria do Direito (DIDIER JR, 2013, pg. 21).

O Primeiro passo é estudar o Processo Civil à luz da Teoria Geral do Direito, posteriormente, segundo o Direito Constitucional e, por fim, estudar o Processo Civil à luz do Direito Material (DIDIER JR, 2013, pg. 21).

O Processo vislumbrado à luz da Teoria Geral do Direito deve acompanhar as mudanças do direito quanto à aplicação das normas. Norma, porém, é gênero, afinal, existem três espécies de norma, os princípios, as regras e os postulados normativos. Cada uma dessas espécies tem finalidades específicas para sua aplicação no processo e métodos de interpretação. Logo, a aplicação da espécie normativa adequada interfere no processo.

A maioria da doutrina, como Humberto Ávila (2011, pg. 23-24), separa os princípios, as regras e os postulados normativos em três categorias distintas.

Para os princípios, dizem tratar-se de “normas que estabelecem determinados fins a serem buscados”, já quanto as regras, dizem tratar-se de “normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”, por fim, no tocante aos postulados normativos, dizem ser “meta normas, ou normas de segundo grau que impõe um dever consistente em estabelecer a estrutura de aplicação e prescrever modos de raciocínio ou argumentação em relação a outras normas” (ÁVILA, 2011, pg. 87/92).

Quanto ao Direito Constitucional, é primordial que o estudo do Processo Civil busque contemplar os princípios e valores estabelecidos na Constituição. E, principalmente, o Processo Civil à luz da Constituição de 1988, que detêm força normativa, deve efetivar os direitos fundamentais ali previstos.

Por último, sendo o processo um meio de exercício da jurisdição e, tendo em vista o direito tutelado, o estudo do Processo Civil adverte sobre a necessidade do processo estar estruturado à situação jurídica material, para que, dessa forma, o processo esteja à serviço do direito material (DIDIER JR, 2013, pg. 25).

3.2 Neoconstitucionalismo

O fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais no Brasil surgiu tardiamente, diferentemente do que aconteceu na Europa e nos Estados Unidos com o segundo pós-guerra, após a quebra dos Estados totalitários, quando surgiu o movimento do neoconstitucionalismo. A partir da Constituição de 1988 ocorreu um marco histórico no sistema jurídico brasileiro. Até 1988, os direitos fundamentais não possuíam aplicação efetiva no Brasil, e foi através da vigência da Constituição de 1988 que começou o movimento do neoconstitucionalismo em nosso país (ÁVILA, 2009).

Primeiramente, só pode-se tratar do neoconstitucionalismo por decorrência da existência de uma constituição, uma Lei Maior.

Não é fácil a tarefa de conceituar o termo “constituição”. A definição remete a conceitos de sentido sociológico, político e jurídico, entre outros.

Ao percussor do sentido jurídico, Hans Kelsen, por José Afonso da Silva (1992, p.41):

[...] Constituição é, então, considerada *norma* pura, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento

lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Ainda, segundo Carl Schmitt, a Constituição seria um produto da decisão política do poder constituinte (LENZA, 2009, p.25).

E, para Ferdinand Lassale, idealizador do sentido sociológico, constituição é “a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.” (LENZA, 2009, p.25).

Em uma concepção mais moderna, define Luiz Alberto David Araujo (2009, p. 03):

Fixados esses parâmetros, podemos definir Constituição como a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.

Perante os conceitos expostos acima e, desde 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, interpreta-se que uma constituição acarreta duas principais finalidades: a garantia dos direitos fundamentais e a separação e organização dos poderes do Estado (CAMBI, 2009, pg. 21).

Brevemente, o Estado brasileiro divide suas principais funções entre três poderes: o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Tendo o Estado atribuição de exercer jurisdição, diferente da função jurisdicional na aplicação das leis, ao Poder Judiciário é dada a importante tarefa jurisdicional da tutela do direito através da concretização dos valores e princípios constitucionais na sociedade através do processo (ARAUJO, 2009, pg. 313-314).

Entretanto, o efeito da constitucionalização dos direitos e supremacia da Constituição Federal, ocasionou a tendência de compensação do sistema de tripartição de poder sobre o Judiciário, em especial porque o Executivo e o Legislativo vivem em crise.

Sabe-se que o poder do Estado é *uno* e indivisível, porém exterioriza-se por meio de funções, executiva, legislativa e judiciária. A idéia é que haja um sistema de compensação entre os Poderes (ARAUJO, 2009, pg. 313-314).

No primeiro momento, é em decorrência da continua abstenção do Poder Legislativo e do Executivo sobre o interesse social, que essa compensação recai predominantemente sobre o Poder Judiciário. E, no segundo momento, essa sobrecarga é alavancada porque além de sua especial função jurisdicional, o Poder Judiciário também atua sobre diversas atribuições que não são jurisdicionais (ALVIM, 2012, pg. 270).

Desse modo, um problema social, como por exemplo, provimento de medicamento grátis para portadores de HIV, onde a ação do Poder Executivo e Legislativo é fundamental para um combate efetivo da questão, acaba muitas vezes, por falta de preparo e interesse de tais poderes, por restar ao Poder Judiciário a implementação de mais esse papel de índole política, o que acontece corriqueiramente.

Ao Poder Judiciário coube, portanto, o meio de obtenção de direitos fundamentais. Conforme expressa previsão Constitucional, artigo 3º:

“Constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Constituição Federal de 1988, artigo 3º)

Cabe a República Federativa do Brasil, estruturada por três poderes, independente e harmônico entre si, a busca deste ideal (ARAUJO, 2009, pg. 103).

Um Poder Executivo e Legislativo deficiente problematiza a competência originária do Judiciário, saturando-o. Ainda, espera-se que os juízes tenham expertise e aparato para resolver questões de política pública.

De fato, os juízes são cada vez mais capacitados e os níveis de jurisdição abrangem atualmente maiores proporções. Porém, sozinhos não podem resolver.

Quando tratamos de Processo Civil, o Poder Judiciário hoje, ocasionada pelo movimento do neoconstitucionalismo, possui a tarefa de buscar a real efetivação dos preceitos constitucionais para o processo.

O neoconstitucionalismo reflete a exaltação dos valores constitucionais em todos os ramos do direito, a fim de reorganizar o pensamento contemporâneo do direito.

Um das consequências do neoconstitucionalismo no processo é a metodologia que pode ser adotada, chamada de neoprocessualismo. Ou seja, um modelo de processo calcado na interpretação constitucional dos atos processuais (DIDIER JR, 2013).

Em suma, o neoconstitucionalismo, para Luis Roberto Barroso (2005, p.01):

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Acentua, portanto, Eduardo Cambi (2011, p. 22), “Com décadas de atraso, o direito brasileiro, nos últimos anos procura focar o tema da pós-modernidade a conjunção entre Constituição e processo”.

Devido a essa atmosfera de mudanças, diz a doutrina que estamos vivendo a quarta fase de evolução do processo, o neoprocessualismo.

3.2.1 Breve evolução do processo civil nacional até o neoprocessualismo

Três fases do processo nacional anteriores ao neoconstitucionalismo, identificadas pela doutrina, devem ser observadas, respectivamente: sincretismo, processualismo e instrumentalismo (DIDIER JR, 2013, pg. 31).

Na primeira fase, o processo e o próprio direito material ainda não eram vistos distintamente, eles se confundiam na prática forense pela ausência de autonomia da ciência processual. Esta fase perdurou até o século XIX (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 230).

Na fase do processualismo, através de seus percussores Liebman e Oskar Bulow, pelo desenvolvimento das teorias e condições da ação (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 230), e sobre tudo o processo começa a configurar suas bases, pressupostos e objeto como uma ciência (DIDIER JR, 2013, pg. 31).

Para a terceira fase, após o desenvolvimento da ciência do processo, fica clara a distinção do direito material e o direito processual, existindo entre eles uma relação de interdependência (DIDIER JR, 2013, pg. 31). Ademais, o processo é o instrumento do Estado na pacificação dos conflitos, assim expõe Cândido Rangel Dinamarco (2007, p.25):

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sócias intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Ultrapassadas essas três fases, o direito processual civil caminha para a quarta fase da ciência do processo, o neoprocessualismo (DIDIER JR, 2013, pg. 31).

Compreendido como uma das conseqüências filosóficas do neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo compreende os segmentos de ruptura dos antigos modelos de processo e que tem uma função didática, como destaca Fredie Didier Jr. (2013, p. 32):

O termo *Neoprocessualismo* tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo*, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida.

Destarte, o neoprocessualismo é o processo ético amparado a Constituição sob a luz do movimento do neoconstitucionalismo.

3.2.2 Principais consequências do neoprocessualismo

O presente trabalho destaca apenas algumas das principais consequências do neoprocessualismo, quais sejam: a superação do legalismo, a interpretação dogmática da constituição e o rompimento com o formalismo jurídico e processual(CAMBI, 2009, pg. 83)

Sobre a superação do legalismo, expõe Eduardo Cambi (2009, pg. 85) apud Luiz Guilherme Marinoni (2006, pg. 93):

As constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabaram por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo). O princípio da supremacia da Lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

A interpretação da Constituição sob uma nova perspectiva afirma-se pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e suas premissas ideológicas. Um dos pontos mais interessantes do estudo refere-se à diferença entre regras e princípios.

Não era previsto que um juiz, tempos atrás, pudesse decidir com base apenas em um princípio. Antes, ele precisava apoiar-se a uma regra para basear sua decisão. Hoje, os princípios possuem força normativa. Não são mais meras declarações. Princípios apontam ao um estado ideal vinculante ao destinatário(DIDIER JR, 2013, pg. 35).

É possível ainda que as partes demandem apenas com a argumentação sobre um princípio, assim como, o juiz pode proferir sentença apoiado a um princípio, utilizando-se das máximas da proporcionalidade e da ponderação (ÁVILA, 2003, pg. 116).

Evidente que o juiz deve utilizar-se da proporcionalidade. Sobre esse ponto, cabe ressaltar o pensamento de Humberto Ávila (2003, p. 116):

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou “máxima do sopesamento” significa que é necessário ponderar os interesses em conflito, comparando-se a importância da realização do fim e a intensidade de proteção aos Direitos Fundamentais.

Ademais, o neoprocessualismo não pode estar condicionado ao rito, ao contrário, deve proporcionar um raciocínio aberto sobre o processo.

O direito constitucional do acesso à justiça, por exemplo, demonstra esse rompimento com o formalismo jurídico e processual. Muito mais importante é o direito material do caso concreto, em detrimento as regras e burocracia dos procedimentos.

Para tanto, necessita que o neoprocessualismo seja um veículo para efetivação dos direito fundamentais sob um processo adequado, ágil e célere. Em plena era da valorização dos direito humanos e evidencia dos direitos fundamentais do indivíduo, não se pode tolerar que o direito material pereça nos corredores obscuros do procedimento. Logicamente, a forma é necessária, ela garante segurança ao processo. Todavia, a crítica baseia-se na filiação irracional pela forma quando aplicada como barreira direta sobre obtenção de direito fundamental.

Uma das principais alterações do neoprocessualismo foi a integração do juiz no processo, ou seja, seu papel deixa de ser meramente o de “dizer o direito” e passa a ser o de “interpretar a norma” conforme o caso concreto (BUENO, 2011, pg. 114).

Em suma o neoprocessualismo enxerga o processo à luz da constituição e com as alterações realizadas no direito de uma forma geral traz a ideia de nova fase do pensamento jurídico, ou seja, a atual fase do processo civil (DIDIER JR, 2013, pg. 31).

4 MOMENTOS CONCILIATÓRIOS NO ATUAL PROCESSO CIVIL

Esse é o momento de tratar dos métodos alternativos de composição de conflitos e analisar suas previsões no processo civil e desenrolar no procedimento.

Ademais, também cabe aqui destacar as inovações da emergência de Políticas Públicas para Mediação e Conciliação, estabelecendo críticas, bem como, exaltando benfeitorias e iniciativas do Poder Judiciário.

4.1 Disposições Gerais

Todo conflito possui um itinerário. No começo, via de regra, as partes conseguem conversar, depois, muitas vezes, um simples desentendimento faz com elas desistam de solucionar o problema por elas mesmas de forma amigável.

Quando isso acontece, o próprio objeto do conflito perde destaque. O que se quer é provar quem está certo e quem está errado, as partes só então querem ganhar, este é um dos planos de fundo do litígio.

Com efeito, o magistrado João José Custódio da Silveira (2012, pg. 93) adverte:

O primeiro enfoque a ser ressaltado diz com a possibilidade de extrair dos litigantes as verdadeiras razões do litígio, não raro ocultas pela superficialidade da petição inicial. Autor e réu expõem em juízo seus anseios e frustrações, legitimando inclusive o acertamento de controvérsias não abrangidas pelo processo, mas que, certamente, podem gerar outros. Além do mais, o simples fato de estar frente a frente numa conversa franca, dirigida com sensibilidade pelo juiz, tem revelado, na prática, que o mero desabafo amaina os espíritos e traduz a verdadeira tarefa do processo como instrumento pacificador de conflitos.

No Brasil ainda persiste o pensamento de que a disputa no judiciário é “melhor” do que negociar. Na verdade, mediação e conciliação são temas recentes

em nosso país. A população desconhece os métodos, por isso tem medo de conversar sobre o conflito na presença de um terceiro – o mediador – e, muito mais, não sabem negociar.

Precisa, ainda, ser eliminado o pensamento de que quem procura a conciliação ou a mediação estaria em vantagem.

A composição de conflitos por meios alternativos é tema difundido no mundo todo e tem a arbitragem, mediação e conciliação como principais mecanismos. São, porém, três institutos diferentes.

Dentre essas composições de conflitos, a mais distante é a arbitragem, pois as características da mediação e da conciliação são semelhantes.

4.2 Arbitragem

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um árbitro escolhido pelas partes, em comum acordo, prevista no Brasil pela Lei 9.307/1996. Portanto, trata-se de uma técnica de composição de conflitos mediante um terceiro escolhido pelas partes, no qual a sentença é passível de execução (SANTOS, 2004, pg. 30).

A grande vantagem da arbitragem é a pessoa do árbitro, do julgador, pois permite-se que as partes indiquem especialistas sobre o assunto que permeia a lide. Desse modo, a arbitragem tem sido muito aplicada nas questões negociais de empresas privadas.

Ainda, na arbitragem, é possível que as partes escolham as regras que deverão ser debatidas no processo arbitral, desde que esteja de acordo com o ordenamento jurídico nacional (SANTOS, 2004, pg. 31).

No Direito Estrangeiro a arbitragem está bem difundida, sobretudo, nos diversos tratados internacionais, como, por exemplo, a Convenção de Genebra de 1923 onde prevê cláusulas arbitrais e posteriormente com a Convenção de Nova Iorque de 1958, tratado sobre as execuções de sentenças arbitrais estrangeiras (SANTOS, 2004, pg. 27).

No Brasil, cresce o interesse pela arbitragem atualmente, sendo ultimamente muito fomentada pelos juristas. Porém, sabe-se que a Lei de Arbitragem brasileira poderá ser reformada a qualquer momento.

No dia 2 de outubro de 2013 foi entregue ao presidente do Senado Renan Calheiros dois anteprojeto de lei para aprovação. O primeiro diz respeito a proposta de reformas da Lei de Arbitragem já vigente no país, o segundo a implantação da mediação extrajudicial no ordenamento jurídico (TUCCI, 2013).

Por ser a arbitragem pouco praticada no Brasil, especialmente pela resistência de juristas, talvez, com essas reformas, seja estimulado o desenvolvimento desse instituto.

4.3 Mediação

Segundo entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (2011, pg. 47) a mediação é, resumindo, “uma forma alternativa de solução de conflitos em que um “mediador” estimulará os envolvidos a colocarem fim a um litígio existente ou potencial.”

Aqui o conflito é mediado por um terceiro imparcial que orienta as partes. Esse terceiro não tem atribuição para solucionar o conflito, apenas age como facilitador.

A mediação civil, para Fredie Didier Jr (2013, pg. 219), por ser espécie dentre os meios alternativos de solução de conflito, é mais indicada aos casos em que já existe proximidade das partes, relação que pode ser anterior ou permanente, pois cabe ao mediador facilitar a comunicação.

Nesse contexto, o artigo de Eduardo Silva da Silva e Cristiano de Andrade Iglesias (CARNEIRO; CALMON, 2009, p.658) apresenta alguns benefícios da mediação:

Assim, a valorização da participação do magistrado de primeiro grau e a consequente diminuição dos recursos aos tribunais, a diminuição da

litigiosidade, a valorização de um *formalismo valorativo*, a adequação do método ao conflito, bem como o implemento de maior diálogo e de participação das partes, são alguns dos aportes que podem decorrer da mediação em benefício das noções gerais do processo.

Importante ressaltar que a mediação e a conciliação são institutos próximos, pois buscam um resultado comum. Conforme Cândido Rangel Dinamarco (2007, p.34) a mediação e a conciliação são parecidas, ou seja:

A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

Os institutos, porém, distanciam quanto às técnicas para se chegar a composição do conflito. A mediação é um método que trabalha o conflito, já a conciliação busca o acordo entre as partes.

Todavia, as maiores divergências se referem aos limites dos agentes – mediador ou conciliador.

4.4 Conciliação

A conciliação trata-se de uma das espécies dos mecanismos de autocomposição de conflitos. Esta só acontece pela vontade das partes para a solução da lide através de concessões mútuas.

Nesse instituto também existe a participação de um terceiro, porém que não tem poder decisório, ou seja, um terceiro imparcial.

Na conciliação, o terceiro, chamado de conciliador, poderá sugerir alternativas para composição do litígio, ele tem participação mais ativa, porém a solução ainda cabe tão somente as partes. Desse modo, a conciliação é mais

indicada aos casos em que não há relação/vínculo entre as partes (DIDIER JR, 2013, pg.2019).

Dentre as características da conciliação, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, pg. 18), apud Fiúza (1995), define-a como: “[...] a conciliação é processo pelo qual o conciliador tenta fazer que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum, quer pela renúncia, quer pela submissão ou transação”.

Portanto, a conciliação visa tanto a prevenção como a composição do conflito (SANTOS, 2004, pg. 18), e, ainda, é meio eficaz de resolução aos casos em que haja possibilidade da renúncia, submissão ou transação, muito comum em relações obrigacionais de prestadores de serviço, por exemplo.

Discriminado por Fredie Didier Jr (2013, pg. 220) “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Os princípios da independência e da imparcialidade são indispensáveis na atuação do conciliador e do mediador, pois não possuem interesse na solução do conflito e pelo dever de atuar com liberdade, podendo conduzir a sessão como melhor acreditarem e não sendo obrigados a redigir acordo ilegal (DIDIER JR, 2013, pg. 220).

Fredie Didier Jr (2013, pg. 220) apresenta o princípio do autorregramento da vontade como o princípio mais importante no particular. Este é um pressuposto para que o acordo resulte da vontade livre das partes, que definem a melhor forma de resolver a questão.

O conciliador e o mediador têm ainda o dever de sigilo profissional, todas as informações ao longo do processo pertence as partes e somente elas podem deliberar sobre os contornos do acordo (DIDIER JR, 2013, pg. 221).

A oralidade e a informalidade são princípios orientadores da conciliação e da mediação, afinal, o objetivo é proporcionar uma aproximação do terceiro imparcial com as partes e desenvolver uma linguagem simples e acessível (DIDIER JR, 2013, pg. 221).

Por último, salienta Fredie Didier Jr (2013, pg. 221) sobre a decisão informada que “é imprescindível, porém, que as partes sejam bem informadas. O consenso somente deve ser obtido após a correta compreensão do problema e das conseqüências do acordo”.

Ademais, a conciliação pode ser judicial ou extrajudicial.

A conciliação extrajudicial é assim denominada pela ausência do Estado na figura do juiz para composição da lide. Todavia, em caso de acordo, este poderá ser homologado judicialmente.

A homologação do juiz, nos casos de conciliação realizada fora do âmbito do processo, proporciona ao acordo status de “título executivo judicial”, admitido pela Lei 11.232 de 2005 que acrescentou ao artigo 475-N, o inciso V do Código de Processo Civil (BUENO, 2011, pg. 48)

Já a conciliação judicial “chega em meio a um litígio já existente e devidamente instaurado perante o Estado-juiz.” (BUENO, 2011, p. 49). Ou seja, a conciliação ocorre em uma das fases do processo estimulada pelo juiz.

A previsão legal do artigo 125, IV do Código de Processo Civil, proporciona facultativamente ao juiz a atividade da conciliação. Nesse caso, se as partes chegarem a um acordo, a sentença homologada do juiz é título executivo judicial, vide artigo 475-N, inciso III do Código de Processo Civil, e haverá resolução do mérito pela previsão do inciso III, artigo 269 do Código de Processo Civil.

Ambas as espécies de conciliação são pertinentes para contribuição do processo, tanto judicial como extrajudicial.

A mediação e a conciliação não são o fim para todos os males. Entretanto, vislumbram um procedimento seguro, firmado no princípio constitucional do acesso à justiça e que por conseqüência, contempla a celeridade. Nesse sentido, pondera Roberto Rosas (1999, p.212) que “Não se deve entender o acesso à justiça como ingresso em juízo, também justiça rápida e eficiente, com uma ordem jurídica justa”.

Ressalta-se, a jurisdição do processo não será afetada em sua natureza. A mediação e a conciliação irão acrescentar, ou seja, abrir caminhos por via alternativa, filtrar os casos, explorar técnicas específicas para composição do

conflito e, principalmente, romper com os paradigmas de que o conflito somente desaparecerá para as partes se a uma delas a alegação se der improcedente.

Portanto, a conciliação é meio eficaz de consolidação da real vontade do processo, proporcionando ainda, o incentivo da reflexão sobre o conflito na presença do Poder Judiciário pelas partes.

4.5 Importante Marco da Política Pública de Composição de Conflitos e Crítica a sua Implantação

Devido a existência notória de conflitos no cotidiano da população, a conciliação e a mediação sempre existiram na vida em sociedade, mesmo quando não havia o poder jurisdicional do Estado.

Entretanto, a composição de conflitos por meios consensuais demorou em atrair a atenção dos juristas brasileiros, muito embora, explica João José Custódio da Silveira (2012, pg. 90) já fosse previsto no artigo 161 da Constituição Imperial de 1824 que, “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”, porém era um ponto controverso para a doutrina.

Todavia, hoje é possível afirmar, segundo Fredie Didier Jr (2013, pg. 217), que existe para o Direito uma pré-disposição à autocomposição, ou seja: “pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição*”.

Isso ocorre especialmente pelo forte estímulo da doutrina e o avanço dos estudos sobre políticas públicas de composição de conflitos.

Não diferente de outros países, apenas tardio, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 125, de 29 de dezembro de 2010, instituindo política pública de tratamento adequado de conflitos.

A medida traz considerações importantes sobre os mecanismos que o Poder Judiciário utilizará no desenvolvimento dos recursos da mediação e

conciliação, indicando um posicionamento do Poder Judiciário não mais oculto a esses mecanismos, tornando clara sua normatização.

A Resolução nº. 125 define ainda a atuação e as atribuições mínimas do mediador e do conciliador, inclusive seu Código de Ética. Suas considerações confirmam as bases constitucionais da conciliação e da mediação, sendo tais meios conseqüências do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e necessários à organização dos serviços prestados nos processos judiciais.

O principal objetivo dessa Resolução do Conselho Nacional de Justiça é a normatização dos mecanismos consensuais de solução de litígios através de incentivo e aperfeiçoamento permanente dessa política pública.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça, no dia 31 de janeiro de 2013, emendou a Resolução nº. 125. A emenda determina no art. 7º, que os Tribunais criem "no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores". Entretanto, tal medida atribui a responsabilidade somente ao Poder Judiciário, o que poderia engessar os métodos alternativos de composição de conflitos, e até mesmo levar a criação de uma nova instância.

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão instrumental do Poder Judiciário que visa, sobre tudo, contribuir com a prestação jurisdicional para a Sociedade, por isso a urgência da medida. Contudo, não será possível atingir os objetivos finais da Resolução se o Poder Judiciário atrair sozinho essa responsabilidade.

Nesse momento cabe apresentar uma crítica tratada por Kazuo Watanabe (2008, pg. 06) sobre a solução alcançada no processo, de que "a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense é aquela já mencionada, de solução adjudicada autoritativamente pelo juiz, por meio de sentença".

Por essa mentalidade sedimentada é que existia uma forte crítica aos magistrados com relação às tentativas de conciliação, porque o processo ainda vislumbra a cultura de sentenças (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2008, pg.08). Ressalta ainda Kazuo Watanabe (2008, pg. 08) que "em consequência

disso, o Estado de São Paulo chegou a ter mais de 500.000 recursos aguardando distribuição nos tribunais de segunda instância”.

Devido essa mentalidade, o Código de Processo Civil trouxe o artigo 331 para designação de audiência preliminar com vista a tentativa de conciliação, estabelecendo ainda um primeiro contato entre as partes e seus procuradores (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2008, pg. 07).

Todavia, o pensamento de João José Custódio da Silveira (2012, pg. 32-33) diz que os grandes duelistas no processo são, na verdade, os advogados, que, na maioria dos casos, preferem não optar pela negociação por estarem mais interessados na disputa. Por isso faz-se necessário o aprofundamento do tema pelos bacharéis de direito. O possível resultado será: menos frustrações nas tentativas de conciliação e mais proveito do tempo para os juízes.

Entretanto, quando na audiência preliminar não compor-se o conflito pelo acordo, o juiz pode ainda fixar os pontos controvertidos da causa tendo um papel mais ativo na condução do processo (GRINOVER; WATANABE; LAGRASTA NETO, 2008, pg. 07).

Nesse sentido, é preciso salientar que a atividade de julgar – atribuída aos magistrados – é completamente diferente da tarefa de conciliar. Esse talvez seja um dos pontos críticos do desenvolvimento dos métodos de autocomposição de conflitos realizados por magistrados tendentes a cultura de sentenças quando na verdade a conciliação requer treinamento específico e capacitação própria.

Outro dado importante é que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é antecessor da Resolução nº 125, e que este seria o primeiro passo para adequação da regulamentação trazida pelo novo código. Ou seja, toda reflexão sobre a conciliação e mediação que conseqüentemente gerou na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça teve origem com as pesquisas relacionadas para a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

5 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após análise do Código de Processo Civil de 1973 e seus momentos conciliatórios, é chegada hora da apresentação ao estudo do novo Código de Processo Civil brasileiro com a ressalva dos aspectos pertinentes à composição dos conflitos por meios alternativos como a conciliação.

Pretende ainda, nesse capítulo, expor os motivos geradores para elaboração estimada do novo Código de Processo Civil. Analisando a evolução desse estudo, desde o primeiro projeto apresentado pela Comissão Especial de Juristas formada excepcionalmente para essa tarefa, como também algumas mudanças do texto apresentado para votação na Câmara dos Deputados.

5.1 Disposições Gerais e Motivos

Em decorrência das últimas reformas na esfera do Processo Civil e, tendo em vista a possibilidade de consertar os erros do sistema processual brasileiro, foi instituída uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

A Comissão eleita através do ato 379/09 é presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça e conta com Teresa Arruda Alvim Wambier, Bruno Dantas, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, entre outros renomados advogados, professores e juristas (ALVIM, 2012, pg. 104).

Desde a formação da Comissão o projeto evoluiu e mudou diversas vezes nesses últimos três anos, aproximadamente. O Anteprojeto convertido no PLS 166/2010 e aprovado pelo Senado Federal recebeu a denominação de Projeto de Lei 8.046/2010 (ALVIM, 2012. Pg. 104).

Segundo as especulações da maior parte da doutrina, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ao que tudo indica, será aprovado com louvor.

Aguarda somente votação na Câmara dos Deputados (ENZWEILER; FERREIRA, 2013).

Existe uma “boa estima” sobre a vinda de um novo Código de Processo Civil. Acredita-se que, além de superar as expectativas no que tange as regras em geral, este será um novo modelo de legislação no ordenamento jurídico brasileiro baseado na atual filosofia do processo civil.

O Código de Processo Civil (1973) não é de todo ruim, ao contrário, é muito elogiado em comparação aos demais. Contudo, é carente em si próprio.

O anseio por um novo Código reforça a necessidade de sanar antinomias da atual legislação, bem como conferir proteção dos direitos fundamentais no processo civil.

Também importante notar, após o estudo sobre o atual momento do processo civil com o neoprocessualismo, que para Daniel Gomes de Miranda (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 230), “o projeto do novo Código de Processo Civil também restou influenciado pela constitucionalização do direito, buscando inserir no texto legal as diretrizes constitucionais relativas ao processo”.

Em outro aspecto, é claro que a motivação também decorre do aumento exponencial do número de processos em grau de primeira instância, ocasionada devida promoção do movimento ao acesso a justiça e, conseqüentemente, maior volume de remessa aos Tribunais em grau de recurso ordinário.

Não se trata de uma mudança radical. Procura-se manter os aspectos positivos do Código vigente, porém imprimindo maior agilidade, organização, segurança e estabilidade jurisdicional à norma do Processo Civil (ALVIM, 2012, 104).

O Processo Civil ganha nova sistemática com o projeto do novo Código de Processo Civil. O legislador prevê expressamente, na Exposição de Motivos do Anteprojeto, que “o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (SANTOS, 2011, pg. 85).

Logo, faz-se necessário ressaltar três premissas já conhecidas do processo civil, porém que sustentam o projeto do novo Código de Processo Civil: a celeridade, a eficiência e a segurança jurídica.

O conhecimento dessas bases atinentes a elaboração de um novo Código atinge diretamente os institutos adotados no texto da lei. Portanto, no presente trabalho, poderemos analisar se as mudanças e inovações sobre a conciliação e a atuação do conciliador estão em correspondência com essas premissas.

5.2 Premissas do Novo Código de Processo Civil

Embora o Código de Processo Civil de 1973 já tenha tratado das premissas que serão apresentadas a seguir, tendo em vista o movimento de reformas do processo civil brasileiro, o novo Código de Processo Civil observou toda a evolução processual pertinente a este período e, assim, destacou as premissas que lhe são fundamentais para construção de sua base. Basicamente, codifica em uma única lei todas essas experiências.

Ademais, adverte Cassio Scarpinella Bueno (2011, pg. 113) sobre a importância do destaque e ponderação da segurança jurídica e da efetividade ao novo paradigma do ordenamento jurídico, pois sendo um desafio do processualismo atual.

Portanto, desde a apresentação das “Exposições e Motivos” pela Comissão Especial é evidente a necessidade em primeiro lugar de tornar mais célere o processo e em segundo lugar aproximá-lo da Constituição para garantir uniformidade e efetividade (RODRIGUES, 2013).

5.2.1 Celeridade e razoável duração do processo

Tratando de celeridade, é preciso entender a aplicação da palavra ao processo. O primeiro pressuposto é que a celeridade não é um princípio processual (DIDIER JR, 2013, pg. 69).

Célere é aquilo que é rápido (FERREIRA, 2008, pg.223). Celeridade é a palavra adotada para referir-se, principalmente, aos meios para obtenção da economia processual, da eficiência e da duração razoável do processo, dentre outras.

Quando o texto de lei disser, expressamente, “celeridade”, quer dizer que “o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (DIDIER JR, 2013, pg. 69).

A Constituição Federal, por meio da Emenda 45 promulgada em 2004, incluiu ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Diferente da celeridade, a “razoável duração do processo” é um princípio. Porém, Moacyr Amaral Santos prefere chamá-lo de “princípio da brevidade” (SANTOS, 2011, pg. 336), e ressalta “conforme o princípio da brevidade, o processo deve desenvolver-se e encerrar-se no menor prazo possível, sem prejuízo do princípio da veracidade”.

Antes da emenda, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, ou seja, a Convenção Americana de Direito Humanos, já previa a duração razoável do processo (BUENO, 2011, pg.180).

Diz o artigo 8º, n1º da Convenção (1969) citado por Cassio Scarpinella Bueno (2011, pg. 180):

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus

direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A República Federativa do Brasil é signatário do Pacto (DIDIER JR, 2013, pg. 67), que, de certa forma, motivou a previsão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal.

Com a emenda constitucional, ampliou-se o rol dos direitos e garantias fundamentais, tornando a celeridade um direito público expresso e consagrado na Constituição Federal.

Explica Fredie Didier Jr. (2013, pg. 69) que paralelo a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, a mesma emenda 45/04 acrescentou a alínea “e” ao inciso II do art. 93 da Constituição Federal, estabelecendo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Ademais, também superveniente à emenda, o Código de Processo Civil, no seu artigo 125, II, já se referia a “rápida solução do litígio” que deve ser persistida pelo magistrado no processo.

Ao juiz e as partes incubem a efetivação da duração razoável do processo, só assim, trata-se de um processo devido.

A emenda acabou por demonstrar que não há processo sem o princípio da duração razoável do processo - e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação - sendo assim um princípio constitucional, independente de lei para sua aplicação (BUENO, 2011, pg.180).

Além da previsão constitucional, a celeridade também está prevista em diversas normas infraconstitucionais, como, por exemplo, a Lei nº 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e outras providências.

No Anteprojeto apresentado pela Comissão, podem ser encontrados artigos voltados à celeridade, por exemplo, o artigo 107: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa”.

5.2.2 Eficiência e efetividade

O processo civil, além de célere, deve ser eficiente. Nas palavras de Fredie Didier Jr (2013, pg. 70) “o processo, para ser *devido*, há de ser *eficiente*”.

O princípio da eficiência resulta da combinação dos artigos 37, caput, da e artigo 5º, LIV da Constituição Federal (DIDIER JR, 2013, pg. 71), respectivamente:

“**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

“**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

Visto o disposto nos artigos acima, sabe-se que este princípio atinge duas finalidades diferentes, dois “entes” divergente. Ou seja, tem-se a eficiência direcionada à Administração Pública e a eficiência em detrimento do processo legal, sendo este último, o alvo principal desse trabalho.

Quanto ao princípio da eficiência com relação ao processo gerido pelo Poder Judiciário, adverte Fredie Didier Jr (2013, pg. 72):

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente.

Portanto, no âmbito do processo, a eficiência dirige-se ao Poder Judiciário, ao gerenciamento do processo (DIDIER JR, 2013, pg. 72).

O Poder Judiciário também é responsável por zelar pela condução adequada do processo. Desse modo, o texto de lei constitucional estabelece que este órgão jurisdicional deva obedecer a determinados princípios.

Em outro aspecto, a aplicação do princípio da eficiência pelos juízes e servidores públicos deve alcançar duas metas segundo Fredie Didier Jr (2013, pg. 73), apud Humberto Ávila (2005), “o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos e, o de, com um meio, atingir o fim ao máximo”.

Em suma, eficiente é o processo que atinge sua finalidade de composição através da aplicação de um meio ou método específico, exaurindo todas as questões trazidas na primeira análise ao órgão jurisdicional – que ocorre, via de regra, em primeira instância – evitando que este seja levado à análise recursal.

Segundo o raciocínio acima, se o processo for eficiente, além de ser *devido*, poderá conseqüentemente resultar em “economia processual”. Ou seja, o processo eficiente atinge sua finalidade de resolução no tempo adequado segundo o princípio do devido processo legal.

Entretanto, para Fredie Didier Jr (2013, pg. 72), o princípio da eficiência é uma “versão contemporânea do conhecido princípio da economia processual”.

Nesse momento é possível diferenciar “efetividade” de “eficiência”, pois ambos estão ligados à economia processual.

Como já apresentado, eficiente é o processo que atinge seus objetivos de modo satisfatório (DIDIER JR, 2013, pg.74).

Para Cassio Scarpinella Bueno (2011, pg.184), existe um princípio da efetividade que está diretamente ligado a apreciação de lesão ou ameaça pelo Poder Judiciário, no texto do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Dessa forma, o princípio da efetividade processual deve influenciar o(s) resultado(s) prático(s) da tutela jurisdicional do direito material para fora do processo (BUENO, 2011, pg. 185). Significa dizer que o processo deve exteriorizar o direito tutelado para além dos autos.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr (2013, pg.74) contribui que “efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente”, e assim o processo “jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo”.

Destarte, uma das maneiras do processo em geral tornar-se efetivo é melhorar o diálogo processual para reiterar a confiança sobre o magistrado na condução do processo (SILVEIRA, 2012, pg. 76).

Juntamente com a melhoria do diálogo processual, fica cada vez mais unânime para doutrina, como defende João José Custódio da Silveira (2012, pg. 90) de que, a mediação e a conciliação constituem instrumentos para efetivação do processo civil por serem imprescindíveis à melhoria da prestação jurisdicional.

Ressalva-se ainda, diante da melhoria do diálogo e aplicação dos métodos alternativos de composição de conflitos, que mais uma das formas para tornar efetivo do processo, portanto, é melhorar a cognição de primeiro grau. E, conseqüentemente, também gerar maior segurança jurídica das decisões.

5.2.3 Segurança jurídica

Toda e qualquer alteração ou aplicação de lei deve persistir o ideal da segurança jurídica.

Por ser um ideal estimado pelo Direito, a segurança jurídica está vinculada ao valor da justiça (CHACON, 2003). Portanto, segurança jurídica é um princípio que rege o ordenamento jurídico – conjunto de leis – em busca da justiça em detrimento da aplicação das normas jurídicas.

Se a lei precisa ser modificada porque os valores da sociedade estão continuamente mudando, essa alteração – ou até criação de lei – deve ser norteadada pelo princípio da segurança jurídica.

Desse modo, o princípio da segurança jurídica reveste-se de muita importância para o atual contexto social (CHACON, 2003). Logo, reveste também todo estudo de elaboração do novo Código de Processo Civil.

Destarte, a segurança jurídica é uma das preocupações citadas pela Comissão para elaboração do Anteprojeto do novo Código, ao ponto que, no que tange as inovações do texto de lei, não se trata de uma mudança radical do sistema processual brasileiro.

Nesse sentido, quanto a incidência das novas tendências do processo civil, o neoconstitucionalismo e a teoria do Direito Processual Contemporâneo, foram

assimilados pela Comissão, sobretudo quanto ao desenvolvimento dos meios de autocomposição de conflitos na perspectiva de um novo Código.

No que tange a Política Pública de composição de conflitos, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça foi uma das medidas adotadas para garantir que os institutos da mediação e da conciliação proporcionassem segurança jurídica ao ordenamento e também a sociedade indiretamente.

5.3 Mudanças Pertinentes do Texto Original do Anteprojeto

Na primeira versão elaborada – original entregue pela Comissão eleita – o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil está dividido em cinco livros: Parte Geral, Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo nos Tribunais e meios de impugnação, e Disposições finais e transitórias (PINHO, 2013).

Tendo por base o texto original, a previsão de uma “Parte Geral” é a grande inovação ideológica no projeto para o processo em geral. Ela expõe sobre os “princípios e garantias fundamentais do processo civil”, as “normas processuais e da sua aplicação”, sobre o “direito de ação”, dentre outros (PINHO, 2013).

Estabelecer premissas antes de adentrar em temas mais profundos é de extrema importância para manter clara a natureza e objetivos da Lei em questão. Por isso é importantíssimo destacar a nitidez do artigo 1º do Anteprojeto quanto à sistematização do processo:

“Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

O primeiro artigo do Anteprojeto do novo Código propõe nortear todo o estudo do Processo Civil em direção à Constituição, diferente do atual Código de Processo Civil Brasileiro que não contém expressamente essa nova metodologia processual.

O plano de fundo do projeto do novo Código de Processo Civil é tornar absolutamente evidente a proximidade da normatização processual civil à Constituição Federal.

Da disposição desse artigo, fica evidente que a Comissão de elaboração não desvinculou o Anteprojeto do novo Código do momento histórico-doutrinário atual do neoprocessualismo (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 231).

No mais, a verdade é que, acrescida esta “Parte Geral” fica evidente a adoção e reconhecimento da sistematização do processo na atualidade (BUENO, 2011, pg. 105).

Entretanto, o Anteprojeto parte do pressuposto de que os juízes sabem trabalhar dentro do viés da nova metodologia jurídica, como, por exemplo, aplicar corretamente princípios.

Em suma, primeiro foi elaborado um Anteprojeto do Código por uma Comissão especial de juristas que foi enviado à avaliação do relator-geral da proposta de lei, o senador Valter Pereira (ALVIM, 2012, pg. 104-105).

Posteriormente, alguns tópicos do Anteprojeto foram alterados ou até retirados na apresentação do substitutivo proposto pelo senador. Aprovado o texto do substitutivo pela Comissão em setembro de 2013, vê-se que neste encontram-se também artigos destinados a atividade dos conciliadores e mediadores judiciais.

Com o texto do substitutivo do novo Código de Processo Civil a conciliação e a mediação são matérias de prestígio em sua parte geral que prevê:

Art. 3º não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Portanto, o texto de lei definiu a conciliação e a mediação como atividades autônomas, porém devendo sempre ser analisada sua possibilidade de desenvoltura em meio ao processo.

O substitutivo do novo Código prevê ainda sobre a atuação dos conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça, conforme os seguintes artigos:

Art. 166. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 167

(...)

§ 3º A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade.

Portanto, a primeira observação é que o texto do substitutivo aconselha que a autocomposição seja realizada excepcionalmente nos próprios juízos, devida iniciativa de criação pelos Tribunais de Justiça de Centros de Conciliação autônomos de acordo com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Outro ponto importante é quanto a distinção do campo de atuação do conciliador e do mediador, diferenciando algumas de suas características – conforme já analisamos com as observações de Fredie Didier Jr no Capítulo 4.4 deste trabalho.

Último e não menos relevante, o texto de lei acima no parágrafo terceiro deixa claro que a imparcialidade do terceiro, seja conciliador ou mediador, não está afetada pela utilização de técnicas de negociação.

O Código de 1973 começou a prever a designação de audiência de tentativa de conciliação somente após as alterações da Lei 9.245 de 1995, porém sem muito destaque pois a conciliação é somente um ato dentro de uma audiência preliminar (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 448-449).

Entretanto, com o substituto do novo Código de Processo Civil, diversas alterações foram feitas sobre a audiência preliminar, pois este prevê que a primeira designação seja para uma audiência de conciliação especificamente. Desse modo, reza o substitutivo que:

Art. 335. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II – no processo em que não se admita a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência.

[...]

§ 7º A audiência de conciliação pode realizar-se por meios eletrônicos.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

[...]

§ 11. A transação obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Conforme as previsões acima, de fato, o novo Código traz um novo ambiente para a conciliação, primeiro pela designação imediata de audiência de conciliação, ao contrário do que ocorre pela disposição do Código atual que designa audiência preliminar.

O substitutivo adverte também sobre a realização desta “nova” audiência por necessariamente conciliadores e mediadores, quando houver. Logo, nos juízos em que isso ocorrer o juiz não precisará conduzir esta audiência, nem tão pouco acompanhar. Devendo apenas, no caso de acordo, homologar a decisão e, caso contrário, uma segunda audiência poderá ser agendada, desde que até dois meses da primeira.

Contudo, José Herval Sampaio Júnior (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 447) questiona sobre esta audiência de conciliação por não saber se “a pura designação de uma audiência, por si só, conduzira materialmente que as partes possam realmente exercitar a atividade de conciliação”.

Cabe ressaltar a penalidade prevista do não comparecimento injustificável por ser, segundo o texto do substitutivo acima, ato atentatório à dignidade da justiça. Nesse sentido indaga José Herval Sampaio Júnior (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 446-447) se esta penalização seria razoável e também afronta o § 12 sobre o tempo de somente vinte minutos para que as partes cheguem ao acordo.

Tudo muito novo sobre a previsão de audiência de conciliação realizada preliminarmente. Porém, é possível perceber que aspectos dos meios alternativos de composição de conflitos já estão no bojo dos estudos de um novo Código de Processo Civil brasileiro.

Nesse sentido, conclui José Herval Sampaio Júnior (DIDIER JR; BASTOS, 2012, pg. 449-450) ser “inegável que o projeto do novo CPC prestigia a atividade de conciliação” e que “a previsão de se criar como primeiro ato do futuro procedimento único a audiência de conciliação é interessante”.

Contudo também adverte Fredie Didier Jr (2013, pg. 223) que “a autocomposição não pode ser encarada como panacéia”, afinal ela não é o remédio para todos os males.

6 CONCLUSÃO

O Processo Civil é uma ciência que avança em conseqüência das mudanças sociais, políticas, econômicas e, sobretudo, do direito. O presente trabalho observou a influência direta dos eventos históricos marcantes paralelos aos períodos de criação e vigência dos Códigos de Processo Civil no Brasil.

O atual Código de Processo Civil brasileiro é de 1973, e, desde então, foi modificado diversas vezes. Contudo foi na década de noventa que aconteceu um vasto movimento de Reforma processual civil estimulada pelos novos valores trazidos pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tantas foram as reformas que o próprio Código de Processo Civil perdeu seu sentido originário. Até porque, seria impossível manter os mesmos pilares motivadores de 1973 em decorrência da vinda da nova Carta de Direitos de 1988, repercutindo sobre todos os ramos do direito.

Após aproximadamente quarenta anos de vigência o Código de Processo Civil brasileiro é contestado sobre sua essência: se está servido devidamente o direito processual civil e a sociedade de um modo geral, tendo em vista suas inúmeras mudanças neste longo percurso de tempo.

Embora o aspecto social esteja permanentemente mudando, só é possível obter novos resultados no processo se o estudo da ciência do direito juntamente avançar.

Desse modo, já no período do atual Código (1973) sobressaíram-se dois fortes momentos de transição tendenciosos ao Processo Civil. O primeiro com a preponderância do estudo contemporâneo da norma jurídica que trouxe flexibilidade quanto a aplicação de princípios sobre as normas jurídicas, e segundo com a contemplação do neoconstitucionalismo sobre as diversas áreas do direito, consagrando os princípios e valores exauridos das Constituições dos Estados Democráticos de Direito após o fim dos Estados Ditatoriais.

Em contra partida, uma ciência antiga é resgatada e começa a ganhar força no sistema jurídico. Os meios alternativos de composição de conflitos estão em destaque tanto para a doutrina como para os Tribunais.

A conciliação e a mediação, não são ainda elementos primordiais nos procedimentos cíveis, porém avançam fortalecidos pela defesa da doutrina em geral e do Conselho Nacional de Justiça. Todavia, ainda há uma grande barreira a se superar no que diz respeito à prática correta e adequada pelos juízes de primeiro grau da Justiça comum e sobre a capacitação adequada dos conciliadores.

No mesmo período em que se iniciaram os estudos que motivaram o Conselho Nacional de Justiça à edição da Resolução nº 125 que trata da política pública de solução de conflitos através de meios alternativos, foram tomadas as primeiras medidas para a composição de uma Comissão Especial de Juristas responsáveis pelo estudo de elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Desses estudos nasceu um Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Sua exposição de motivos adverte sobre a necessidade do sistema jurídico brasileiro em ter uma nova lei processual civil, e que seja consagrada na nova metodologia jurídica do direito atual, fazendo jus aos avanços do neoprocessualismo e da aplicação dos princípios com força normativa.

O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil pretendeu inovar em garantias para implantação efetiva da conciliação, mediação e atuação de seus agentes.

A primeira observação diz respeito à previsão dos conciliadores como auxiliares de justiça, apontando ao seu próprio Código de Ética. Porém, falta ainda estabelecer devida remuneração.

Em outro aspecto, faz-se necessário que sejam aplicados por agentes devidamente capacitados, instruídos especificamente para condução do diálogo e instrução do conflito. Estes devem ser terceiros imparciais, conhecedores da lei e do direito, sem qualquer benefício sobre o resultado, para que sejam, de fato, composições por concessões mútuas decorrente da livre vontade das partes.

Para que a sociedade, e por reflexo o direito, alcance modificar a cultura de sentenças que é bem forte em nosso ordenamento jurídico e no dia a dia forense para a cultura da pacificação, necessita atenção nessa transição.

Um processo de incentivo à conciliação ou a mediação não pode ser de uma hora pra outra. Esse desenvolvimento requer tempo, estudo, planejamento e principalmente avaliação das experiências vivenciadas.

Portanto, o Novo Código de Processo Civil deve estimular mecanismos de incorporação da conciliação no procedimento, porém que o faça sob as amarras das premissas norteadoras da celeridade, eficiência e segurança jurídica.

Os momentos conciliatórios no novo Código de Processo Civil, conforme analisado nos artigos da previsão de uma audiência de conciliação realizada preliminarmente, expõem o tratamento inovador desses meios alternativos de composição de conflito, instaurando-os no ordenamento jurídico. Ademais, pretende filtrar os interesses e contornos da demanda logo no primeiro contato em juízo das partes e da análise da lide pelo terceiro imparcial.

Não há de se esperar que da conciliação exaurem-se todos os problemas no âmbito do processo, da atividade dos juízes, do diálogo entre as partes, da celeridade, e de todos os outros aspectos envoltos a efetividade da função do Judiciário. Contudo, na busca por um Judiciário menos conturbado tendo em vista o excesso de demandas e o atual período de transição da filosofia do direito e do processo, a conciliação, tanto judicial como extrajudicial, precisa estar no foco das políticas públicas e dos estudos de avanço do processo civil. Dessa forma poderá o ordenamento jurídico experimentar uma nova cultura de composição de conflitos.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito processual civil**. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional / Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior**. – 13.^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito Da Ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

_____. **Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. – 12.^a ed. ampl. – São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. JusNavigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 03 maio 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código (1973). **Código de Processo Civil**. Brasília: Decreto-Lei, 1973.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 16 out. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Substitutivo**. – Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130719-01.pdf>. Acesso em: 17 out. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, 1**. – 5.^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (Coord). **Bases científicas para um renovado direito processual**. – 2.^a ed. – Salvador: Jus Podivm, 2009.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4318>>. Acesso em: 16 out. 2013.

DIDIER JR, Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. (Coord). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Estudo em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos.– Salvador: Jus Podivm, 2012

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. – 15.^a ed. rev. e atual. e ampl. – Salvador: Jus Podivm, 2013. Vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral o processo**. – 23.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

DUTRA, Nancy. **História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 13 out. 2013.

ENZWEILER, Romano José; FERREIRA, Cláudia Galiberne. **O "novo" CPC e a oportunidade desperdiçada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3753, 10 out. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25482>>. Acesso em: 12 out. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**.7^a ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional: Guia Prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti.** – 2.reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** – 13.ª ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do Processo.** – e. ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (curso de processo civil; v.1).

MARQUES, José Frederico. **Manuel de Direito Processual Civil.** Campinas: Millennium, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral da Mediação.** – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10.** Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/os-principios-e-as-garantias-fundamentais-no-projeto-de-codigo-de-processo-civil-brevemente-consideracoes-acerca-dos-artigos-1o-a-12-do-pls-166-10>>. Acesso em 13 out. 2013.

REALE, Giovanni. **Aristóteles Metafísica.** 2.ª ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2005. Disponível em:

<<http://books.google.com.br/books?id=BDoqylc32msC&pg=PA13&dq=Metaf%C3%A4Dsica,+I,+2,+982b&hl=pt-BR&sa=X&ei=oQJnUvvKHqz-4APpv4DgCQ&ved=0CDYQ6AEwAQ#v=onepage&q=Metaf%C3%ADsica%2C%20I%2C%202%2C%20982b&f=false>>. Acesso em: 22 out. 2013.

RESOLUÇÃO n.º. 125. **Site do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 27 out. 2013.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Dogma da Precedência e o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/danielcolnago/2013/08/03/dogma-da-precedencia-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 14 out. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. – Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. – 3.^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.^a ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVEIRA, João José Custódio da. **O Juiz e a Condução Equilibrada do Processo**. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção Theotônio Negrão).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Anteprojeto amplia incidência da arbitragem**. Revista Consultor Jurídico, 9 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-09/hugo-uelze-seguranca-juridica-passa-racionalidade-decisoes>>. Acesso em 11 de outubro de 2013.