

**A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO
CONTEXTO DO NEOPROCESSUALISMO
CIVIL E O PRINCÍPIO DA
CONSENSUALIDADE**

**THE AUTOCOMPOSITION OF
CONFLICTS IN THE CONTEXT OF CIVIL
NEOPROCESSUALISM AND THE PRINCIPLE
OF CONSENSUS**

Gina Vidal Marcílio Pompeu*
Dayse Braga Martins**

* Doutora em Direito em 2004 pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito em 1994 pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito em 1987 pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

** Doutora em Direito em 2017 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestrado em Direito em 2003 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito em 1999 pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Como citar: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.85-114, jul. 2018. DOI:10.5433/2178-8189.2018v22n2p85. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A presente pesquisa objetiva analisar os impactos das normas fundamentais positivadas no Código de Processo Civil de 2015, quanto ao estímulo à solução consensual dos conflitos, especialmente quanto à instituição de um novel princípio processual civil: o da consensualidade. Para tanto, abordar-se-ão a jurisdição, os princípios processuais constitucionais, e as normas fundamentais

do processo civil e suas transformações ao longo do tempo, para, após, analisar seus efeitos no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo. Ao desenvolver este artigo, utilizou-se pesquisa de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, para fins de investigar, explicar e analisar as teorias estudadas e sua repercussão na própria essência do processo civil judicial. Neste sentido, conclui-se que a política judiciária de prioridade à solução autocompositiva de conflitos impactou na mudança de paradigma quanto à sua natureza adversarial, que pode hoje ser caracterizada como consensual, o que, por sua vez, representa uma verdadeira desconstrução e reconstrução de cultura jurídica, daí falar-se em “neoprocessualismo”. Mudança esta que também impacta na democratização do Poder Judiciário, ao se destacar pela participação ativa do jurisdicionado do processo decisório, um verdadeiro exercício de cidadania. Neste sentido, defende-se o surgimento de um novel princípio processual constitucional: o princípio da consensualidade.

Palavras-chave: Autocomposição. Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Princípio da consensualidade.

Abstract: This research analyzes the impacts of fundamental norms present in the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure – specifically those regarding consensual

dispute resolution, which bases itself on the novel consensual procedural principle. Therefore, this paper explores the fundamental topics of jurisdiction, constitutional procedural principles, and fundamental norms of civil procedure and its transformations over time, in order to analyze their effects within the context of neo-proceduralism and neo-constitutionalism. Moreover, this study utilized the qualitative research method for descriptive and exploratory purposes, in order to investigate, explain and analyze related theories and their repercussion on the very essence of the judicial civil process. Furthermore, currently judicial policy gives priority to autocompositional solution of conflicts, which is impacted by the paradigm shift, now characterized as consensual. This, in turn, represents a deconstruction and reconstruction of the Brazilian legal culture, hence the term “neoproceduralism”. In this way, it has impacted the democratization of the Judiciary, as there is active participation of parts in the decision-making process, which can be interpreted as a true exercise of citizenship. In short, this study analyzes and defends the emergence of a novel constitutional procedural principle: the principle of consensuality.

Keywords: Autocomposition. Neo-constitutionalism. Neoproceduralism. Principle of consensuality.

INTRODUÇÃO

A mediação e a conciliação vêm, nas últimas três décadas, ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro e nos demais ordenamentos do mundo acidental. O movimento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos motivou-se inicialmente pela oposição ao formalismo da justiça estatal, para após conquistar lugar equivalente ao processo judicial, na condição de meio adequado. Destacou-se de forma pioneira nos Estados Unidos da América (EUA), em meados da década de 1970, e no Brasil e em outros países da América Latina e da Europa, na década de 1990.

O processo de implementação do sistema ADR norte-americano tem seu marco em 2001, com a instituição da *Uniform Mediation Act – UMA*. Norma de alcance nacional que uniformizou os princípios da mediação, em substituição às mais de 2.500 normas estaduais. Elaborada pela *American Bar Association* (a Ordem dos Advogados dos EUA) e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, objetivou a divulgação dos meios consensuais e estímulo para utilização da mediação como mecanismo “alternativo”¹ solução de seus conflitos.

Já o marco do início da difusão da mediação no Brasil pode ser representado, duas décadas após os EUA, pela fundação do Instituto de Mediação e Arbitragem, em 1994, comandado pelo professor Juan Carlos Vezzulla (1998), argentino com residência no Brasil. Essa instituição foi responsável pela difusão da mediação e da arbitragem ao fomentar a capacitação dos profissionais nessas áreas. Outro

1 A denominação meios “alternativos” tem lugar no início do movimento que surgiu em oposição ao Poder Judiciário lento e oneroso. Atualmente tal nomenclatura não se mostra pertinente, uma vez que refere-se à mediação, conciliação e arbitragem, mecanismo hoje encampados pelo próprio Poder Judiciário e pelo direito processual civil.

instituto também responsável pela divulgação da mediação no Brasil foi o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), fundado em 24 de novembro de 1997, que até os dias de hoje congrega e representa entidades de mediação e arbitragem para dar-lhes suporte técnico e credibilidade no mercado.

Em 2010, após mais de 15 anos de prática extrajudicial e ostracismo legal², o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125/2010, instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”(art.1º) (BRASIL, 2010). A Resolução foi emendada por duas vezes (Emenda nº 01/2013 e nº 02/2016). Tanto serviu de fundamento para a redação das leis de 2015, como também sofreu alterações em consequência das referidas leis, para adaptar-se aos seus ditames. Define a estruturação, funções e competências no âmbito dos Tribunais de Justiça, CNJ, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs). Em seu Anexo I estabelece as diretrizes curriculares do curso de capacitação básica dos mediadores e conciliadores. E no Anexo II, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

Em 2015, culminou com o marco regulatório da conciliação e da mediação de conflitos, por meio da promulgação das Leis 13.105/2015 (Código de Processo Civil - CPC) e 13.140/2015 (Lei

2 As autoras em suas falas sobre o lastro temporal da prática da mediação sem regulamentação específica têm denominado de “ostracismo legal”. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se por sua natureza positivista, no qual há um inflacionamento de normas que se somam umas as outras para regulamentação da mesma matéria. Ao contrário do que ocorreu na mediação extrajudicial e judicial, mesmo se tratando de direito adjetivo, fundamentado no princípio da legalidade, foram mais de 20 anos com práticas isoladas no âmbito extrajudicial e algumas experiências oficiosas de mediação judicial. Reputa-se a justificativa do “ostracismo legal” a falta de cultura da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

de Mediação - LM). Os dois normativos representam a positivação da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, que antes de reconhecer o procedimento como legítimo, experimentou-o no âmbito extrajudicial, com o desenvolvimento de várias pesquisas científicas, que comprovaram seu êxito na solução de determinados tipos de conflitos, especialmente os transacionáveis no âmbito do direito civil em geral (contratos, coisas, família, sucessões, consumidor, dentre outros). O CPC regula a mediação e a conciliação no âmbito do processo judicial e a LM trata da mediação no âmbito judicial, extrajudicial e da administração pública.

Paralelo a este movimento, primeiro dos meios “alternativos”, hoje dos meios “adequados” de solução de conflitos, o ordenamento jurídico brasileiro também desenvolveu-se na busca de garantir o acesso à justiça formal e material (KELSEN, 2000). O acesso à justiça formal de viabilizar aos cidadãos exercer seu direito de ação, ao transpor os obstáculos financeiros, com o direito à assistência judiciária gratuita (custas processuais, honorários advocatícios e sucumbenciais). O acesso à justiça material no sentido de garantir um processo célere, eficaz, que propiciasse satisfação das partes envolvidas, ou seja, um sentimento de justiça, a despeito de ter seu provimento deferido ou indeferido.

Neste esteio, a presente pesquisa objetiva analisar os impactos das normas fundamentais positivadas no Código de Processo Civil de 2015, quanto ao estímulo à solução consensual dos conflitos, especialmente por meio da mediação e conciliação judiciais. Para tanto, questiona-se sobre a mudança de cultura jurídica adversarial para consensual no processo civil e a instituição do princípio processual da consensualidade. Neste sentido, abordar-se-ão a jurisdição, os princípios constitucionais processuais, e as normas fundamentais do

processo civil e suas transformações ao longo do tempo, para, em pós, analisar, por meio de uma visão prospectiva, seus efeitos no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo.

Ao desenvolver este artigo, utilizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, com fundamento em obras nacionais e internacionais; de abordagem qualitativa com fins descritivos e exploratórios, para fins de investigar, explicar e analisar a repercussão desse caminhar do ordenamento jurídico brasileiro para a concreção de direitos fundamentais, especialmente, do acesso à justiça, por meio da política nacional de tratamento adequado dos conflitos, no contexto do estado democrático de direito, que, por sua vez, impactou na própria essência do processo civil judicial, que repercute na hipótese de mudança da natureza adversarial, para a natureza consensual do processo civil e a instituição do novel princípio processual da consensualidade.

1 A JURISDIÇÃO DO ESTADO ABSOLUTISTA AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Inicia-se a análise da jurisdição a partir da formação do estado, teorizada por Thomas Hobbes (1998), e prossegue-se o estudo com a teoria do poder de Montesquieu (2001) e Aristóteles (2002), até o estado constitucional por Hesse (1991), Alexy (2008), e Dworkin (2000). Esse passeio pela história da jurisdição, por meio da teoria do estado e da teoria do poder, fomenta uma análise mais apropriada do hoje, e os efeitos futuros da novel ambiência na qual o processo civil está a passar.

Neste diapasão, Thomas Hobbes (1993) criou uma teoria que fundamenta a necessidade de um Estado Soberano como forma de manter a paz civil. Em sua construção hipotética, partiu do contrário, ou

seja, iniciou sua teoria a partir dos homens convivendo sem Estado, para depois justificar a necessidade dele. Esse estágio do convívio humano sem autoridade, onde tudo era de todos, recebe o nome de *estado natural*. A consequência deste *estado natural* é a ameaça da manutenção da humanidade, que leva os homens a pactuarem entre si, transferindo o direito de autodefesa existente no *estado natural* para o Estado, que garante a efetividade do contrato.

De maneira resumida, infere-se da teoria de Hobbes, que, apesar de pertencer à história do direito natural, antecipa as tendências do direito positivo do século XIX e, apesar de serem correntes antagônicas, atribuiu às leis naturais e civis de sua teoria hipotética, características jus naturalistas e jus positivistas. Para Hobbes não existem dois direitos, mas apenas um, que é o direito positivo. Contudo reconhece a lei natural como fundamento do direito positivo, sendo obrigatória a lei natural somente quando em conformidade com a lei positiva.

Ao articular a teoria do estado com a teoria do direito processual civil e os meios adequados de solução de conflitos, identifica-se que a busca do homem pela paz ou pela boa administração dos conflitos tem origem em sua própria existência, desde seu estado de natureza. E desde a formação do estado as relações de poder e o aperfeiçoamento da solução de conflitos são temas constante na ciência, que merece ser contínuo e continuado, face a dinamicidade das relações sociais. A diferença é que o conflito, “guerra de todos contra todos”, é visto por Hobbes como algo negativo, enquanto que no movimentos dos meios consensuais, há a normalização³ do conflito.

3 Normalização é a forma de encarar o conflito como algo que é normal, comum. A visão positiva ou comum do conflito é importante para distensionar as partes, a fim de que consigam dialogar de forma mais tranquila, mesmo estando diante de divergências. Destacam-se nesta seara, os conflitos de natureza civil e familiar.

Diante da análise da formação do estado, em especial, do estado absolutista, a partir da teoria de Thomas Hobbes, segue-se o estudo com a análise da teoria do poder, com enfoque na função jurisdicional nos governos absolutistas, liberais e constitucionais. No regime absolutista, exemplificado pela teoria de Hobbes, que teve seu destaque na Europa continental, os juízes não exerciam seu múnus com base na lei. Para garantir os interesses do governante, fundamentavam-se em jurisprudências e teses de juristas, o que tornava o direito e a função dos juízes plásticas, amoldáveis aos interesses dos monarcas. Essa submissão dos juízes ao poder instituído era também originada da forma de aquisição dos cargos, que eram indicados pelo soberano, hereditários, com possibilidade de serem comprados e vendidos.

Diante das arbitrariedades do estado absolutista e da crescente importância da burguesia na sociedade moderna, antecedente à Revolução Francesa (1789), reclamou um modo diferente de realização do poder estatal, que teve seus fundamentos na Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu, em “O espírito das leis” de 1748 (2001). Esta teoria foi antecedida da “A Política” (2002) de Aristóteles, século XIII antes de Cristo, que já preconizava a divisão de funções no Poder Estatal, embora tais funções estivessem concentradas no poder absoluto do soberano.

A inovação da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu residia não somente na divisão de funções, mas principalmente na concepção de três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. O que efetivamente seria instrumento de combate ao poder absoluto do monarca. Sua teoria consolidou-se com a Revolução Francesa de 1789 e a constitucionalização da separação dos poderes e a garantia das liberdades individuais, descritas na Declaração de Direitos do Homem

e do Cidadão.

Com a consolidação constitucional da Teoria da Separação dos Poderes, as leis tornaram-se instrumento do limite estatal, dando lugar ao Estado Liberal, fundamentado pelo princípio da legalidade. A administração e os juízes ficaram vinculados à letra da lei, o que evitava as arbitrariedades cometidas pelo monarca e pelos juízes. Trata-se do Estado Liberal de Direito, encampado pelos parlamentos da Europa continental, no qual reduziram a direito à lei produzida por uma autoridade competente, afastando de qualquer interpretação da lei que não fosse na sua literalidade.

Houve, portanto, uma transição do regime absolutista no qual os juízes utilizavam uma hermenêutica baseada em múltiplas fontes (moral, religião, jurisprudência, etc), para o regime liberal, no qual os juízes estavam vinculados à literalidade da lei, como forma e combate às arbitrariedades. Assim, substituiu-se o império do monarca, pelo império da lei, o que mais uma vez não atendeu aos anseios de uma sociedade harmônica. O objetivo principal conquistado foi a queda do regime absolutista por ser a lei geral e abstrata, com respeito à liberdade e igualdade formal perante a lei e vincular inclusive o estado.

Ainda na ambiência do Estado Liberal, desenvolveu-se a teoria publicista do processo por meio da Teoria de Chiovenda (2002) em 1903, a qual demonstrou que o juiz cria a norma no caso concreto, ou seja, o Legislativo cria a norma geral e abstrata e o juiz cria a norma individual do caso concreto. Neste sentido, houve uma modificação nos elementos do Direito, ao considerar o direito composto não somente de normas gerais, mas também de normas individuais. Para a jurisdição, o Poder Judiciário passou de mero aplicador de normas para criador do direito, juntamente com o Poder Legislativo. Mas no aspecto prático

da hermenêutica, não houve diferença expressiva, posto que o juiz continuou restrito à literalidade de lei, ainda na concepção de que o juiz ao individualizar a lei abstrata, por meio da sentença.

O positivismo jurídico, que limitava o poder dos juízes à literalidade da lei foi fundamentada por várias juristas, a exemplo, além de Chiovenda, de Hans Kelsen, em “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2000). A codificação do direito foi expressão máxima do regime do *Civil law*, no qual os códigos albergariam todas as soluções de litígios, ou seja, acreditava-se na completude do ordenamento jurídico, reduzido aos códigos, sem a necessidade de recorrer as normas constitucionais. E também seguiu a doutrina da criação da norma individual pelos juízes, com manutenção dos limites da jurisdição à moldura das normas gerais.

Por óbvio, que não se olvida da importância do Estado Liberal e do positivismo jurídico para a negação e prevenção do retorno ao regime anterior (absolutista). Esse formalismo do império da lei foi necessário para limitar o poder arbitrário do estado (monarca e juízes) e oferecer segurança jurídica aos cidadãos, diante da previsibilidade de seu atos, quanto à aplicação das leis. Mas o regime liberal não se sustentou por muito tempo. Ansiava-se também por igualdade material e liberdade positiva, que satisfizessem as necessidades sociais, que não eram supridas pelo então regime liberal, oriundas também das relações entre particulares, e não somente entre o particular e o Estado.

E, paulatinamente, este modelo positivista do Direito, concebido na ambiência do Estado Liberal, incipiente diante do desenvolvimento das relações sociais, e, conseqüentemente do direito, foi dando lugar a teoria neoconstitucionalista, na qual as normas constitucionais ganham força normativa e aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/1988) (BRASIL, 1988). Essa nova era é fruto da necessidade de tutela dos direitos sociais

por meio da jurisdição, que veio tutelar direitos subjetivos privados, a exemplo do direito à privacidade, à informação, às liberdades de expressão, de culto, sexual, bem como, mais recentemente, os direitos difusos (direito ambiental, direito do consumidor), dentre outros.

O período pós Segunda Guerra Mundial marcou a força normativa das normas princípios na Constituição. Diante da inabilidade do direito positivo e da estrita legalidade na função jurisdicional no combate das atrocidades do nazismo, os juristas cuidaram em desenvolver novos paradigmas jurídicos. Destaca-se a Teoria da Força Normativa (1991) de Konrad Hesse, obra com base na aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, que combatia a teoria de Ferdinand Lassalle do início do século XX, a qual defendia que a Constituição era apenas um “pedaço de papel” diante das determinantes do poder político.

Trata-se, portanto, do segundo momento do Estado Moderno, caracterizado pela constitucionalização dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela positivação e garantia dos direitos fundamentais, e a instauração de governos democráticos, democracia esta representativa, também com fundamento na teoria de Montesquieu (2001). Sendo o texto constitucional não somente um documento político, mas também jurídico, com força normativa, concepção esta que deu lugar a novel hermenêutica constitucional.

A atribuição do *status* de norma jurídica à Constituição, marcado pelos debates do pós 2ª guerra na década de 1950, somente veio ter expressividade no Brasil na década de 1980. Este lapso temporal de mais de 20 anos decorreu dos governos ditatoriais, nos quais não cabiam os debates sobre hermenêutica constitucional e a garantias de direitos fundamentais representados por normas-princípios constitucionais. No

ordenamento jurídico brasileiro o constitucionalismo teve espaço para debates quando da redemocratização do Estado, com os debates e a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

2 O NEOPROCESSUALISMO E O PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE

Diante da análise da jurisdição ao longo da história, infere-se a estreita relação entre o regime político com a atuação do Poder Judiciário. Do estado absolutista ao estado liberal, os estudos eram voltados tão simplesmente à atuação do estado na promoção da jurisdição, ou seja, como as leis eram aplicadas, interpretadas ou criadas pelo juiz. Pouco ou nada falava da atuação das partes. Seu papel era passivo, de beneficiário de um dos serviços públicos. Eis uma das principais mudanças de paradigma ocorrida no neoprocessualismo, no contexto do neoconstitucionalismo, além do protagonismo do Judiciário na concreção de direitos fundamentais: o protagonismo das partes envolvidas no processo judicial.

No neoconstitucionalismo, a Constituição eleva-se realmente ao patamar de superioridade no ordenamento jurídico, que, por sua vez, reclama eficácia de suas normas. Ora, logo em seu primeiro artigo, dos princípios fundamentais, estabelece que o estado brasileiro constituiu-se em Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Democracia exercida de forma indireta ou diretamente. E, ao longo do seu texto, regulamenta direitos e garantias para a concreção de seus fundamentos.

Neste sentido, o ministro do STF, Luis Roberto Barroso, em entrevista para a revista “Diálogos sobre a justiça”, intitulado

“Por uma cultura de menor litigiosidade”, afirma que há uma crise de “hiperlitigiosidade”, que tem um aspecto positivo, o da “redemocratização”, resultado da consciência dos direitos pelos cidadãos, em razão da velocidade das informações. Tal fato justifica o crescente número de demandas. Ainda sobre o assunto, o ministro complementa sua fala sobre a autocomposição como futuro da justiça brasileira (BARROSO, 2014, p. 9-10):

Acho também que, no futuro próximo, a própria advocacia vai ter que se reajustar, e o grande advogado vai ser aquele que conseguir evitar o litígio e conseguir uma composição. Acho mesmo que vai haver um nicho de mercado do advogado que é procurado por duas partes de boa-fé para, com certa informalidade, arbitrar o conflito. De modo que essa é uma tendência inevitável, eu quase diria inexorável: nós precisamos desjudicializar a vida no Brasil, em alguma medida.

O diálogo entre instituições públicas e privadas, entre instituições e cidadãos, ou entre os próprios cidadãos é condição para a consolidação de um regime democrático. E, cada vez mais, desde a década de 1980, o Estado vem desenvolvendo políticas que fomentem o desenvolvimento de uma “consciência democrática” (RICCETTO; PICCHI NETO; AMARAL, 2016). Tais políticas pautadas não somente na máxima liberal de respeito aos direitos individuais, mas também de fomento à eficiência de seus serviços e satisfação dos cidadãos. A Emenda Constitucional nº 45/2004 foi um marco do incremento dos serviços públicos, que no âmbito da jurisdição, incluiu como direito fundamental a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Dentre os princípios constitucionais do processo destacam-se os princípios referentes às partes envolvidas: do acesso à justiça, o princípio do devido processo legal, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa. Princípios clássicos da Teoria Geral do Processo, que diante dos preceitos constitucionais e legais que incitam a participação ativa das partes na cooperação para a autocomposição, vislumbra-se outro princípio constitucional processual da Teoria Geral do Processo Civil: o princípio da consensualidade. Sim, a consensualidade deve ser acrescida ao rol de princípios no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo.

Ao interpretar os princípios supra, verifica-se uma correlação sistêmica entre eles, inclusive entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais. O princípio do acesso à justiça (BRASIL, 1988), aliado à celeridade e à razoável duração do processo (BRASIL, 1988), como dito, representa o “princípio dos princípios” do direito processual civil. Trata-se do direito fundamental à solução de conflito célere, justa e satisfativa. Ou seja, a despeito do deferimento ou indeferimento do pleito, a despeito do resultado final do processo, o procedimento foi satisfatório. Trata-se, portanto, do acesso à prestação jurisdicional de qualidade (CAPPELETTI; GRANT, 1999).

Neste sentido, a mediação e a conciliação judiciais fomentam eficácia ao direito fundamental ao acesso à justiça. Permite-se justificar tal afirmação com o argumento amplamente debatido, qual seja, quando as partes decidem consensualmente a solução de determinado conflito, em detrimento de uma decisão unilateral do juiz, a tendência de satisfação das partes é acentuada. Isso se dá em virtude do respeito às peculiaridades das circunstâncias nas quais estão inseridas as partes.

Ainda no aspecto procedimental, o devido processo legal

(BRASIL, 1988) aliado à segurança jurídica, tem seu espectro ampliado, com a participação ativa das partes envolvidas no conflito no âmbito da mediação e da conciliação judiciais. Mesmo que as partes componham o conflito por suas decisões consensuadas, a segurança jurídica não é afastada. As partes são devidamente assessoradas por seus advogados, com manutenção do respeito à ordem jurídica, sob o manto da justiça, constituindo-se a decisão das partes em título executivo judicial.

Para efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça, a mediação e a conciliação judiciais processando-se de acordo com o devido processo legal, as partes também devem exercer seus direitos à igualdade, ao contraditório e à da ampla defesa, inclusive no momento da autocomposição no processo judicial. O equilíbrio no diálogo, a oportunidade de expor suas circunstâncias no contexto da relação conflituoso são garantias de um acordo satisfatório e justo.

Infere-se, destarte, da análise dos princípios processuais supra, relacionados aos meios consensuais, especialmente os inseridos no âmbito judicial, que também há aplicação de tais princípios nos procedimentos consensuais. Os princípios processuais alcançam todas os procedimentos processuais, incluso os consensuais. Isso quer dizer que a inclusão dos meios consensuais de conflitos, mediação e conciliação, no âmbito judicial não representou uma simples imbricação de um procedimento dentro no outro. Representou sim, a construção de um processo judicial civil (neoprocessualismo), fundamentado na consensualidade.

O novel princípio processual ora defendido, o “princípio da consensualidade” não se contrapõe à característica da jurisdição, embasada na decisão de um terceiro. A prioridade da decisão consensuada no âmbito do processo civil representa, indubitavelmente,

uma característica marcante, que, de forma incontestada, dá lugar a um novo princípio processual civil, o da “consensualidade”. Que como já dito, vem contribuir para a efetivação dos demais princípios, sobretudo, o do acesso à justiça.

Além da estreita relação do princípio da consensualidade com os princípios processuais constitucionais supra, o novel princípio é respaldado pelas normas fundamentais e de aplicação do processo civil. No artigo 3º, § 2º do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) estabelece que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Além de determinar o estímulo aos métodos consensuais por todos os atores do processo judicial, inclusive no seu âmbito (BRASIL, 2015). No Manual de Mediação Judicial do CNJ (AZEVEDO, 2016, p. 29), fala sobre “Os valores consensuais no novo CPC”:

Como será examinado no capítulo seguinte, a Política Pública de Resolução Adequada de Disputas conduzida preponderantemente pelo Conselho Nacional de Justiça, tem refletido um movimento de consensualização do Poder Judiciário uma vez que passa a estabelecer a autocomposição como solução prioritária para os conflitos de interesse.

[...]

O legislador, tanto na Lei de Mediação como no NCPC, prestigiou a proposta de consensualização do Poder Judiciário preconizada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Res. 125/10.

Além da autocomposição está como fundamento no CPC/2015, ao longo de seu texto traz diversas determinações que concretizam seu fundamento. Os mediadores e conciliadores judiciais passaram

a ser considerados auxiliares da justiça, com previsão de formação, remuneração e concurso público (art. 165 e seguintes). A audiência de conciliação e mediação (art. 334 e seguintes) passou a ser a primeira fase do processo judicial, além do não comparecimento injustificado do autor ou do réu ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com sanção de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. A mediação e a conciliação também ganharam destaque no capítulo das ações possessórias (art. 565) e de família (art. 693 e seguintes).

Não se olvida da dificuldade de concretização deste princípio diante da cultura adversarial dos atores do processo judicial, especialmente do advogado e das partes (BARROS; MARTINS; ALVES, 2015). Nem se condiciona o princípio a estatísticas de acordo no âmbito do processo judicial ou fora dele. Quando defende-se a existência de um novo princípio no âmbito do processo civil, embasa-se no conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais e na atual “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (BRASIL, 2010), especialmente, os meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Os princípios do direito processual civil representam os fundamentos que embasam os procedimentos do processo civil. Conforme Rocha (2006, p. 44): “princípio designa fundamento, base ou ponto de partida de um raciocínio, argumento ou proposição”. Também neste sentido, Alexy (2008, p. 544), diz que “a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”.

Destarte, considerar a “consensualidade” como princípio não quer necessariamente dizer que todas ações reguladas pelo direito processual civil devam ser resolvidas consensualmente. Nem baseia-se em números de ações judiciais resolvidas consensualmente. O princípio da consensualidade representa, sim, que as ações devem primar pela autocomposição, para, em não sendo adequada ou possível a autocomposição, em virtude da natureza e peculiaridades de determinado caso, ser solucionado mediante decisão judicial.

Outrossim, não se tira o mérito e a adequação das decisões judiciais para determinadas ações. Ao contrário, muitos são os casos nos quais as decisões do juiz são necessárias e mais adequadas do que uma decisão consensual das partes. Além do que a própria decisão consensual ganha força executiva com a participação da tutela do estado juiz, com a sentença homologatória de acordo. Ou seja, a jurisdição, seja ela voluntária ou contenciosa é salutar para a garantia e defesa de direitos. O quê se defende é o “manto” da consensualidade hoje abraçando o processo judicial civil.

Em consonância com a tese ora defendida da instituição de um novo princípio processual civil, o da “consensualidade”, Carmona (2006, p. 15) destaca na arbitragem o “princípio da autonomia da vontade das partes”, representado em muitos momentos: desde a eleição da arbitragem, em detrimento de outro mecanismo de solução de conflitos, passando pela eleição do árbitro ou instituição, até a eleição das normas de direito material e processual. As autoras vão além do “princípio da autonomia da vontade das partes”. Defende-se a existência do “princípio da autonomia da vontade das partes em consenso”.

No processo arbitral, o “princípio autonomia da vontade das partes” não é exercido de forma autônoma e independe pelas partes.

Na verdade elas o exercem em consenso. Daí se falar em “princípio da autonomia da vontade das partes em consenso”. Que além dos vários momentos de consensualidade no processo arbitral, a Lei nº 9.307/1996 também estabelece em seu artigo 21, § 4º, que o árbitro deverá tentar a conciliação das partes no início do procedimento, podendo também proferir sentença homologatória de acordo que ocorrer no decurso do processo (art. 28) (BRASIL, 1996). Ou seja, atribui-se também à arbitragem o princípio da consensualidade, mesmo sendo um processo heterocompositivo.

Outro princípio que guarda correlação com o princípio da consensualidade, objeto do presente estudo, é o princípio da cooperação defendido por alguns autores e contraditado por outros. Este “princípio” está positivado no CPC/2015, artigo 6º, no qual estabelece que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, guarda total consonância com o princípio da consensualidade. De fato, os meios autocompositivos são, em sua essência, mecanismos cooperativos, no sentido de trazer participação das partes envolvidas para que colaborem para um diálogo equilibrado e esclarecedor, com o objetivo comum de solucionar o conflito.

Em oposição à tese ora defendida, apresenta-se a contestação de Streck et al. (2014). à “cooperação processual” no novo CPC, por ser, segundo os autores, incompatível com a Constituição e seus princípios, e afirma que “cooperação não é princípio”. Argumenta que a cooperação não condiz com a realidade processual, e que se trata de uma questão moral no direito, próprio do absolutismo, por atribuir um “desmedido protagonismo judicial” em prol dos valores do “justo e efetivo”, por meio da cooperação. Em meio aos seus argumentos, indaga e aduz:

Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da “natureza humana”. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões (STRECK et al., 2014).

Primeiramente contesta-se o argumento no qual o “referido texto legislativo está desacoplado da realidade”. Se o mesmo raciocínio fosse estendido para as demais normas do ordenamento jurídico, a Constituição Federal seria o primeiro texto normativo a ser rechaçado. Negar a força normativa dos valores no ordenamento jurídico vigente vai de encontro à teoria neoconstitucionalista, hoje fundamento maior da hermenêutica jurídica, na qual defende-se uma “inexorável simbiose entre Direito, Moral e Política, cujo palco é o Poder Judiciário” (CADEMARTORI; SANTOS; FARESIN, 2015).

Além das normas constitucionais e demais princípios que regem o ordenamento jurídico vigente, um exemplo de norma com valores ideais, para a condução da realidade, tem-se o “Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB” (OAB,

2015), recentemente aprovado por meio da Resolução nº 02/2015, que estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça (BRASIL, 1988), defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social”, devendo ainda, agir de acordo com “sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes”, destacando-se, dentre os deveres do advogado, o de atuar com “honestidade, decore, veracidade, lealdade e boa-fé” (inciso II), e também o dever de “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (inciso VI) (BRASIL, 1988).

Destarte, refuta-se tais argumentos, ao considerar que a cooperação para a solução do conflito, seja consensualmente ou por meio de decisão do juiz, não quer dizer que devam, obrigatoriamente, abdicar de seus direitos materiais ou de suas garantias processuais. Ao contrário, entende-se por cooperação a boa fé processual, a exemplo da boa fé contratual, podendo e devendo utilizar-se de todos os recursos processuais para o êxito da demanda pelas partes, desde, é claro, que sigam-se as normas e princípios processuais, sobretudo o da ampla defesa e contraditório, com garantia a segurança jurídica.

Em especial, a cooperação na consensualidade é necessária no sentido de as partes estarem receptivas a se afastar de posições e focar nos interesses, e, assim, buscarem uma solução que atenda ambas as partes. Caso não seja viável, as partes e seus advogados continuam a encampar suas teses e estratégias jurídicas, na defesa de seus direitos, diferenciando-se as estratégias desenvolvidas no curso do processo, conforme se depreende da “teoria dos jogos”, constante no Manual de mediação judicial do CNJ (AZEVEDO, 2016, p. 69):

Em suma, a relação de cooperação com competição em um processo de resolução de disputas não deve ser tratada como um aspecto ético da conduta dos envolvidos e sim por um prisma de racionalidade voltada à otimização de resultados. Isto é, se em uma relação continuada uma das partes age de forma não cooperativa, esta postura deve ser examinada como um desconhecimento da forma mais eficiente de ação para seu conflito – seja por elevado envolvimento emocional, seja pela ausência de um processo maduro de racionalização.

Com base na fundamentação teórica trazida pela teoria dos jogos, pode-se afirmar que nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas (ou a mera percepção⁴⁶ de que determinada pessoa encontra-se em uma relação continuada) as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar não por razões altruístas mas visando a otimização de seus ganhos individuais.

Resta evidente, portanto, que a cooperação no procedimento consensual não se trata de uma questão moral ou ética, mas sim de estratégia para a solução adequada, justa e satisfativa para ambas as partes. Não há na cooperação das partes envolvidas qualquer obstáculo aos demais princípios processuais constitucionais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário, a garantia do devido processo legal, de acordo com as regras processuais estabelecidas no CPC permanecem. A cooperação reside em exercer todos os ditames processuais, resguardado o direito de desenvolver a estratégia jurídica das partes, nos limites do direito processual, como sempre fora. A segurança jurídica das partes no direito processual respalda-se exatamente nas normas processuais, que continuam a ter validade.

Refuta-se também o argumento de Streck et al. (2014), quanto a afirmação de que a cooperação está “desacoplada da realidade” e

que “espelha visão idealista”. Ora, como dito anteriormente, o texto legal reflete o ideal, o “dever ser”. A lei advém de uma dada realidade social, mas também é fator de transformação desta. Permite-se utilizar a hermenêutica subjetiva e defender que a intenção do legislador ao promulgar um novo texto legal no direito processual civil, teve intenção de transformar o processo judicial, que, na sua maioria, traz sensação de injustiça, em um procedimento satisfativo e justo. E, para tanto, todos os envolvidos, sobretudo os advogados (MARTINS; POMPEU, 2015), que representam a alma do próprio processo, se desenvolvam de acordo com sua missão, a de defesa de direitos para fins de pacificação social.

E mais, considerando os conflitos com relações continuadas, esta estratégia cooperativa da “teoria dos jogos” representa a própria sustentabilidade destas relações, por desenvolverem entre as partes a cultura da solução de ganho mútuos, resultado também da normalização dos conflitos, uma vez que os conflitos em relação continuada tendem a ser uma constante, em razão da natureza própria das relações sociais.

Assim, considerando o princípio da consensualidade, a cooperação é, indubitavelmente, outro princípio aliado deste, na ambiência do processo civil no contexto do neoprocessualismo, com vias a desenvolver um procedimento que propicie às partes um sentimento real de justiça, em seu sentido axiológico, como já tido, a despeito do resultado final da demanda. Ou seja, presencia-se hodiernamente uma fase de aperfeiçoamento do direito fundamental ao acesso à justiça, e, conseqüentemente, da eficiência da prestação jurisdicional, fomentado, dentre outros, pelo princípio da consensualidade.

CONCLUSÃO

A jurisdição do estado absolutista ao estado constitucional caminhou nos ditames próprios de cada época, de acordo com a sua ambiência política, cultural e econômica. No regime absolutista a jurisdição era exercida sob os interesses do soberano, que ditava as leis aplicáveis a cada caso. Em combate às arbitrariedades do estado absolutista, passou-se pela transição para o regime liberal, onde os juízes ficaram restritos à literalidade do texto legal, exatamente em reação ao regime póstumo. Por sua vez, o positivismo jurídico encampado no estado moderno foi aos poucos cedendo espaço aos valores constitucionais, que ganharam força normativa e aplicabilidade imediata, o que caracterizou a segunda metade do estado moderno e o estado contemporâneo, com o neoconstitucionalismo.

As normas de direito processo civil vem ao logo das últimas duas décadas enfatizam a eficiência na prestação jurisdicional, com destaque ao incremento dos meios consensuais, mediação e conciliação. A política judiciária impactou na mudança de paradigma quanto à sua natureza adversarial, o que representa uma verdadeira desconstrução e reconstrução de cultura jurídica, daí falar-se em “neoprocessualismo”. Mudança, que, por sua vez, também impacta na democratização do Poder Judiciário, ao se destacar pela participação ativa do jurisdicionado do processo decisório, um verdadeiro exercício de cidadania, instrumento de garantia e efetivação de direitos fundamentais.

No contexto do neoprocessualismo, o exercício da democracia está se desenvolvendo além da clássica democracia indireta no sistema representativo de elaboração de normas gerais e abstratas por meio de representantes eleitos pelo povo. As normas individuais e concretas criadas no processo judicial também está tendo a participação direta das partes, especialmente quando da mediação e da conciliação judiciais.

Os jurisdicionados saem de uma posição passiva para protagonista. A autocomposição ungi-se com a heterocomposição em uma relação de cooperação de todos os atores do processo judicial. Unidos com o mesmo propósito: de consolidar o direito fundamental ao acesso a uma justiça justa.

As normas de processo civil, com a promulgação da Resolução 125/2010 do CNJ e das Leis 13.140/2015 e 13.105/2015, direcionaram-se a elevar os meios autocompositivos a prioridade na solução dos conflitos nas demandas processuais e pre processuais. Estabeleceram a solução consensual como fundamento do direito processual civil, incluíram os mediadores e conciliadores judiciais como auxiliares da justiça, com regulamento de sua formação e profissão. Em suma, trouxeram para o curso da ação judicial, um mecanismo de solução tipicamente extrajudicial, para fins de garantir uma maior satisfação e sentimento de justiça das partes. Apesar da justiça brasileira está ou não preparada para mudança da cultura adversarial para a cultura consensual de solução de conflitos, sobretudo em relação às partes envolvidas e seus advogados, as normas de direito processual civil no contexto do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo clamam pelo incentivo autocomposição, inclusive em âmbito judicial.

Neste sentido, conclui-se que os fundamentos do processo civil, com prioridade pela autocomposição de conflitos, bem como a definição mais ampla de acesso a uma justiça justa e efetiva, situados no contexto do neoconstitucionalismo, confirmam a hipótese da instituição do novel princípio processual da consensualidade, que além de está ao lado dos da ampla defesa e do contraditório, merece ser constitucionalizado. E, para tanto, propõe-se a emenda à Constituição, com inclusão do incentivo à autocomposição de conflitos no art. 5º, inciso LXXVIII,

e acréscimo de redação ao final do referido inciso, que passaria a ter a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e o estímulo à solução consensual dos conflitos”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BARROS, Maria do Carmo; MARTINS, Dayse Braga; ALVES, Jéssica Souza. Mediação de conflitos na promoção do direito fundamental do acesso à justiça: da cultura adversarial para a cultura consensual no âmbito do Poder Judiciário. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 3, p. 211-222.

BARROSO, Luis Roberto. Por uma cultura de menor litigiosidade. **Revista Diálogos sobre Justiça**, Brasília, n. 2, p. 8-15, maio/ago. 2014.

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 fev.

2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SANTOS, Priscilla Camargo; FARESIN, Rodrigo Adriano. A constituição brasileira como produto de terceira geração: convergências e divergências entre o constitucionalismo latino americano e a teoria do garantismo jurídico. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 2, p. 9-32, dez. 2015.

CAPPELETTI, Mauro; GRANT, Bryan. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **De Cive, filósofos a respeito do cidadão.** Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1998. (Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes,

2000.

MARTINS, Dayse Braga; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A essencial participação da advocacia no processo de mediação judicial para a efetivação do acesso à justiça e da segurança jurídica. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 571-586, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/284>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Rio de Janeiro: Abril, 2001. (Os Pensadores).

OAB. Conselho Federal. **Código de ética e disciplina da OAB**: resolução n.02/2015. Brasília: OAB, 2015.

RICCETTO, Pedro Arcain; PICCHI NETO, Carlos; AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do. O desenho democrático em tríade: a relação condicional entre consciência democrática, accountability e democracia participativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 203-233, jul. 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lenio Luiz et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Como citar: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MARTINS, Dayse Braga. A autocomposição de conflitos no contexto do neoprocessualismo civil e o princípio da consensualidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 2, p.85-114, jul. 2018. DOI:10.5433/2178-8189.2018v22n2p85. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 10/07/2017.

Aprovado em: 12/03/2018.