2016 - 12 - 15

Revista de Processo
2016
REPRO VOL. 260 (OUTUBRO 2016)
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – ADR
2. ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 À LUZ DA FILOSOFIA CONTEMPORÂNEA

2. Arbitragem, conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil de 2015 à luz da filosofia contemporânea

Arbitration, conciliation and mediation in the new Civil Procedure Code 2015 in the light of contemporary philosophy

(Autor)

ROBERTO ANTÔNIO DARÓS MALAQUIAS

Mestre em Direito Processual e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Ciência Policial e Investigação Criminal pela Coordenação de Altos Estudos de Segurança Pública da Escola Superior da Polícia Federal. Advogado. roberto.daros@terra.com.br roberto.radm@hotmail.com

Sumário:

1 Introdução

2 Breve análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015

3 Métodos de solução consensual de conflitos

4 Abordagem histórica do processo

5 Arbitragem

6 Conciliação

7 Mediação

8 Visão filosófica contemporânea

9 Considerações finais

10 Referências

Área do Direito: Processual

Resumo:

Esta pesquisa analisa o tema arbitragem, conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16.03.2015, à luz da filosofia contemporânea, delimitando o horizonte conceitual sobre as bases ideológicas do referido diploma legal. Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, alimenta-se a expectativa de um salto qualitativo que deve ser alcançado pelos órgãos judiciários por intermédio da implementação de tutelas diferenciadas que serão viabilizadas pelos Métodos de Solução Consensual de Conflitos – MSCC, como por exemplo, o instituto da mediação, recém introduzido pelo novel diploma legal. O novo Código de Processo

Civil de 2015 faz-se conhecer como o diploma processual civil da modernidade e da inovação emergido das discussões no ambiente democrático da sociedade brasileira, impondo-se sob a temática da celeridade e efetividade jurisdicionais e da valorização da jurisprudência.

Abstract:

This research analyzes the subject arbitration, conciliation and mediation in the new Civil Procedure Code, Law 13.105, March 16, 2015, in the light of contemporary philosophy, delimiting the conceptual horizon on the ideological bases of that legislation. With the advent of the new CPC 2015, feed off the expectation of a qualitative jump that must be achieved by judicial institutes by the implementation of differentiated guardianships that will be possible by the Alternative Dispute Resolution – ADR, such as the mediation institute, recently introduced by new legal instrument. The new CCP 2015 does himself known as the civil procedural law of modernity and innovation emerged from the discussions in the democratic environment of Brazilian society, imposing itself under the theme of celerity and jurisdictional effectiveness and enhancement of jurisprudence.

Palavra Chave: Arbitragem - Conciliação - Mediação - Novo Código de Processo Civil de 2015 - Efetividade - Celeridade - Filosofia contemporânea.
Keywords: Arbitration - Conciliation - Mediation - New CPC 2015 - Effectiveness - Celerity - Contemporary Philosophy.

1. Introdução

O objetivo desta pesquisa é analisar o tema arbitragem, conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16.03.2015, à luz da filosofia contemporânea, delimitando o horizonte conceitual sobre as bases ideológicas do referido diploma processual civil e os efeitos sociais e institucionais previstos com a implementação dos mencionados *Métodos de Solução Consensual de Conflitos – MSCC*.

Inicialmente é necessário afastar a dúvida remanescente quanto ao instituto da arbitragem, tendo em vista tratar-se de uma fase pré-processual de composição de litígios. A arbitragem é um instituto jurídico que se faz presente no sistema legal brasileiro desde a Constituição do Império de 1824[1] e foi ganhando espaço progressivamente, pontuando seus preceitos também na Lei 556, de 25.06.1850, o Código Comercial, apresentando no mencionado texto legal inúmeras referências à árbitros, arbitradores expertos, arbitradores peritos, balizando e direcionando a atuação desses personagens no Tribunal do Comércio e suas especificações na atividade mercantil. Sedimentado no *Título Único* do referido diploma mercantil, o preceito legal trata da *Administração da Justiça nos Negócios e Causas Comerciais*, em que no *Capítulo I*, faz expressa menção ao citado instituto, *Dos Tribunais e Juízos Comerciais,*[2] demonstrando claramente a preocupação com a atuação do *árbitro* no juízo comercial. Posteriormente o instituto da arbitragem foi referenciado em outros diplomas legais subjacentes.

Assim, a arbitragem brasileira cresceu gradativamente com o foco voltado para os avanços da arbitragem internacional. Portanto, em que pese a fase adjudicatória e sua complexidade dogmática, faz-se imperioso ressaltar que a modernidade conceitual e as conquistas alcançadas nesse tema ocorreram com a vigência da Lei 9.307, de 23.09.1996, impondo-se como marco disciplinador desse instituto jurídico, sofrendo posteriores alterações no sentido de seu aperfeiçoamento.

Entretanto, esta pesquisa não tem a intenção de efetuar longa digressão histórica sobre as origens do instituto da arbitragem no sistema jurídico brasileiro, mas definir a base filosófica que sedimentou o novo Código de Processo Civil de 2015, detalhando e expandindo a visão principiológica para a análise e compreensão dos operadores do Direito.

Neste contexto, faz-se necessário a fixação de conceitos que facilitem a análise do tema proposto para entender que o processo é uma sequência de atos interdependentes desenvolvidos gradativamente com o objetivo de solucionar um conflito de interesses submetido à apreciação da autoridade judiciária para constituir-se em juízo de valor e decidir a questão prolatando uma sentença, sendo que os mencionados atos

praticados representam uma unidade em sua essência processual e vinculam o juiz e as partes a uma série de direitos e obrigações.

Observa-se também que o argumento teleológico[3] é aquele que tem como base uma finalidade, ou seja, busca a atingir um objetivo, um fim específico, uma causa final. Analisa-se nesse tipo de argumento se os objetivos estão sendo cumpridos plenamente ou desviados para outra meta incidental ou planejada posteriormente.

Portanto, verifica-se que a ideia de processo é teleológica. Esse instituto jurídico somente se explica por sua própria finalidade que é dirimir o conflito de interesses submetido ao órgão jurisdicional e esse objetivo se fundamenta no interesse público que visa a garantir efetividade do direito material por intermédio do exercício incessante e contínuo da jurisdição e no interesse privado que tem como enfoque exclusivo o litígio submetido ao órgão jurisdicional.

Assim, a análise detalhada dos tópicos temáticos possibilitou uma visão convergente ao quadro de referência desta pesquisa jurídica, incumbindo demonstrar a estruturação técnica que se baseou na formulação do problema oriundo do tema proposto para situá-lo no campo da filosofia do direito.

A sociedade brasileira tem vivido o excepcional momento de discutir exaustivamente e fomentar o incessante debate sobre a implementação do novo Código de Processo Civil de 2015, construindo hipóteses e criando objetivos específicos e gerais, direcionando-os à linha de pesquisa do direito processual público contemporâneo que, por intermédio da celeridade processual, possa promover e consolidar a justiça para o cidadão que busca o auxílio da jurisdição na defesa de seus direitos, em razoável lapso temporal.

2. Breve análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015

O anacronismo dos preceitos contidos no Código de Processo Civil de 1973,[4] não demanda uma análise prolongada, haja vista seus efeitos espraiados na síntese da atividade jurisdicional ao longo de décadas da sua vigência conturbada, morosa e deficiente que as estatísticas oficiais não deixam margem a dúvidas. O Código de Processo Civil de 1973 experimentou o auge de sua vigência numa época em que o país se encontrava submisso à ditadura militar e o povo brasileiro vivendo sob os ditames de uma ideologia agressiva que cerceava a liberdade das pessoas e impedia o pensamento livre. Nesse contexto, a referida lei processual civil se apresentava como instrumento composto por regras rígidas que compelia as partes em conflito o ônus da produção probatória engessada em formas e prazos rígidos, em que o magistrado se via obrigado a decidir, segundo os parâmetros legais positivados.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, começou-se a perceber a necessidade de integral ajustamento do diploma processual civil à nova realidade democrática que se iniciava sob os auspícios dos princípios contidos no art. 5.º da Carta Magna recém promulgada, inaugurando uma nova era no sistema jurídico brasileiro que, na ausência de uma política judiciária adequada, pelo menos possibilitou aos magistrados um retorno ao raciocínio coerente e a interpretação pragmática do Direito.

Assim, com mais de três décadas de defasagem, emerge para a sociedade por meio do mundo jurídico o novo Código de Processo Civil de 2015,[5] trazendo a expectativa de um salto qualitativo que deve ser alcançado pelos órgãos judiciários por intermédio da implementação de tutelas diferenciadas que serão conquistadas pelos MSCC, como o instituto da mediação,[6] recém introduzido pelo novo diploma legal, assim como a arbitragem[7] que, conforme tratado anteriormente, é um instituto jurídico presente no bojo do sistema legal pátrio desde a Constituição Política do Império do Brazil, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I no ano de 1824, evoluindo gradativamente até os dias atuais na expressividade de leis posteriores e as devidas alterações que vieram se somando aos preceitos existentes.

Nota-se prematuramente inúmeras repercussões que se verificaram na seara jurídica em decorrência da sanção presidencial e publicação do novo Código de Processo Civil de 2015, como por exemplo, a rapidez na produção legislativa posteriormente observada na modificação da Lei 9.307, de 23.09.1996, alterada pela Lei

13.129, de 26.05.2015, assim como a publicação da Lei 13.140, de 29.06.2015, que trata da mediação entre particulares e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

As expectativas e os anseios dos operadores do Direito são enormes no sentido de se livrarem definitivamente da anacronia do antigo e desfocado texto processual civil que vigorou desde 1973 (Lei 5.869, de 11.01.1973, Código de Processo Civil) e, nesse momento, despede-se do mundo jurídico para dar lugar a um novo código que foi anunciado, divulgado e festejado como diploma legal moderno e inovador, impondo-se sob a temática da celeridade jurisdicional e da valorização da jurisprudência.

Observa-se então que o novo Código de Processo Civil de 2015 traz o enfoque[8] da arbitragem, da conciliação e da mediação, desde os primeiros preceitos, estimulando a utilização dos MSCC, no início e no curso do processo judicial. Essa diretriz deve ser incentivada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Portanto, fica evidente a obrigação estatal de promover e incentivar a solução consensual de conflitos, conforme consta na inteligência dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 3.º do CPC/2015. A acentuada ênfase é percebida também tendo em vista que o legislador processual civil pátrio reservou no *Título IV*, *Capítulo III*, *Seção V*, um considerável espaço para essa temática, ou seja, dez artigos com seus respectivos parágrafos desenvolvidos e focados nos detalhes dessa ótica da autocomposição e das prerrogativas, atribuições e deveres desses novos auxiliares da justiça.

A maior promessa e ansiedade dos operadores do Direito gira em torno dos novos setores criados pelo novel diploma legal nos órgãos judiciários que deverão obedecer aos padrões estipulados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Trata-se da inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil de 2015 no sentido de que os tribunais judiciários[9] estruturem e viabilizem a utilização dos centros judiciários de solução consensual de conflitos a fim de atuarem no início de cada ação judicial, objetivando a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação para disponibilizarem aos cidadãos o auxílio, a orientação e o estímulo direcionados para a autocomposição.

No intuito de complementar essa diretriz, o preceito legal determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios[10] viabilizem a criação das câmaras de mediação e de conciliação com o objetivo de buscar soluções consensuais para os conflitos surgidos no âmbito administrativo dos órgãos da administração pública, avaliando a admissibilidade de pedidos e promovendo a celebração de termos de ajuste de condutas.

O novo Código de Processo Civil de 2015 apresenta-se como um festivo e comemorado evento para o ordenamento jurídico brasileiro e delineia-se como norma processual civil de grande complexidade e sofisticação que incorporou diversos avanços e negou-se a absorver outras demandas sociais ainda temerárias e pouco sedimentadas na cultura jurídica pátria. Mas não resta dúvida que o novíssimo diploma faz jus a ostentação do mérito da modernidade democrática, da inovação e do avanço legislativo.

A ótica processual civil deve se voltar para a utilização de métodos alternativos na solução extrajudicial dos conflitos emergentes no convívio social e incentivar o uso de opções mais econômicas e rápidas na solução dos litígios sob a diretriz da celeridade e efetividade no processo judicial. A fórmula segundo a qual a jurisdição é a primeira e única opção viável para a composição dos litígios está totalmente superada e tem demonstrado ser inviável ao longo do tempo, restando aos operadores do Direito nutrirem a expectativa do surgimento de uma nova solução processual oriunda das recentes mudanças ou aguardar o "nascimento" de outra concepção filosófica pós-contemporânea.

Fica cada vez mais evidente que a atividade estatal não consegue solucionar adequadamente os conflitos sociais em sua integralidade em prol do ideal de justiça e tem gerado uma terrível crise institucional que se apresenta dissimuladamente na alegada falta de recursos humanos e estrutura funcional dos órgãos judiciários apresentados como justificativa para a completa inviabilidade da plena prestação jurisdicional, colocando o cidadão no meio desse turbilhão de conflitos sociais.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é uma garantia constitucional legada ao cidadão que

parece inatingível em sua plenitude diante da realidade fática e das estatísticas inquestionáveis sobre efetividade judicial, ecoando como "sentença condenatória" contra o Poder Judiciário que enfrenta o descrédito da população brasileira, contabilizando de maneira lamentável a atividade jurisdicional no Brasil como uma das mais onerosas e ineficientes do mundo.

Nesse contexto, surge no âmago da sociedade civil a enorme expectativa de utilizar-se efetivamente da arbitragem, da conciliação, da mediação (art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º do CPC/2015) e de outros MSCC, com o advento do novel diploma processual civil, Lei 13.105, de 16.03.2015, que por intermédio de seus porta-vozes otimistas da ciência processual, apresentam esses referidos institutos jurídicos como se fossem a "solução milagrosa" para sanar os anacrônicos problemas de morosidade na atuação do Poder Judiciário que se verificam por décadas e agora prometem efetividade processual plena e imediata nessa nova realidade vindoura anunciada como "sistema multiportas", aliando-se as promessas de celeridade e efetividade do evento de incorporação de tecnologia conhecido como processo judicial eletrônico. Lamentável e equivocada previsão.

Leonardo Greco[11] leciona que a justiça deve garantir a eficácia dos direitos fundamentais aos cidadãos por intermédio de decisões judiciais rápidas e justas. Eis aí o objetivo principal e a missão inafastável do órgão judiciário. A decisão demorada em virtude de um processo lento, via de regra, é injusta em sua essência, tendo em vista a perda da eficácia na obtenção do direito que é postergado indefinidamente pelo exagerado prazo para a obtenção da sentença de mérito e a posterior execução, gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Vivenciando esse novo contexto processual, resta saber se por incentivo e iniciativa governamental, serão criadas rapidamente as estruturas orgânicas adequadas para os centros judiciários de solução consensual de conflitos e as câmaras de mediação e conciliação que deverão ser estruturadas de maneira harmônica e plenamente adaptadas ao funcionamento dos tribunais e demais órgãos judiciários, inclusive com a quantidade suficiente de servidores, estagiários e contratados que darão viabilidade ao credenciamento e a atuação dos mediadores e conciliadores com bom nível de qualificação profissional para suportar a demanda e ainda, qual será o custo final para a disponibilização dessa mencionada atividade ao cidadão?

Está provado que não basta apenas aumentar o orçamento da instituição. É necessário planejamento estratégico. É chegada a hora do Poder Judiciário criar, implementar e fiscalizar uma política judiciária verdadeiramente voltada para as necessidades coletivas da nação brasileira. A atitude reflexiva e corporativista que pleiteia a elevação da previsão orçamentária para viabilizar gastos generalizados e desproporcionais sem planejamento sistemático e adequado se transformam em manutenção e criação de privilégios exagerados, inviabilidade operacional e desperdício de recursos públicos em detrimento de péssima prestação jurisdicional.

3. Métodos de solução consensual de conflitos

Nesse estágio do raciocínio, faz-se necessário ressaltar que o processo[12] é a sequência de atos interdependentes, que cria uma vinculação entre o juiz e as partes a uma determinada variedade de direitos e obrigações, com a finalidade de solucionar um litígio. É interessante que se consiga perceber com clareza a definição de procedimento para que não se restrinja o conteúdo conceitual de processo. O procedimento é a maneira por meio da qual o processo é impulsionado e os respectivos atos são estruturados, encadeados em um caderno processual. Portanto, pode-se avaliar a importância do processo que tenha como objetivo a justiça social por meio do *princípio da dignidade da pessoa humana*, harmonizando-se com o *princípio do devido processo legal* e o *princípio do direito de ação* que irão conter o cometimento dos excessos estatais no exercício do direito de punir, de tributar excessivamente, de suprimir direitos legítimos do cidadão, além de outras garantias.

Segundo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque,[13] a evolução do direito processual passou por fases doutrinárias[14] distintas. Desta forma, ao se analisar o processo como instrumento ético, verifica-se que a grande maioria dos processualistas sedimenta a consciência que a sobrevivência do direito material depende dos resultados apresentados pela atividade processual, ou seja, o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial, garantindo sua efetividade. Assim, o direito processual adapta-se às necessidades de seu objeto. A ciência processual como atividade instrumental não abriga a ideia de

neutralidade.

O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária 'identidade ideológica entre processo e direito substancial', permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos.[15]

Nesse contexto específico, verifica-se que o litígio poderá ser solucionado por intermédio do órgão judiciário em pleno exercício da jurisdição ou também por métodos alternativos que atualmente têm sido utilizados amplamente em inúmeros países. São conhecidas por diversos termos: na Argentina e demais países hispânicos da America do Sul, identificam-se como "*Resolución Alternativa de Conflicto* – RAC"; nos Estados Unidos da América são chamados de "*Alternative Dispute Resolution* – ADR" e no Brasil os doutrinadores vieram denominando essas técnicas de meios alternativos de solução de conflitos. Entretanto, utilizando-se de vernáculo sinônimo, o legislador pátrio resolveu, com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, denominar essas emergentes vias alternativas com a locução "*Métodos de Solução Consensual de Conflitos* – MSCC", conforme preceitua o art. 3.º, § 3.º do novel diploma processual civil. Desta forma, seguindo a orientação e o referido entendimento do legislador, assim deve ser doravante conhecido e referendado esses citados métodos.

Leciona José Carlos Barbosa Moreira[16] que a efetividade processual se concretiza quando dispõe do instrumento de tutela adequado ao caso concreto e que seja hábil em solucionar o litígio mediante o direito que se pleiteia resultante da previsão normativa ou da incidência no sistema processual por outros instrumentos eficientes que possam ser utilizados pelo titular do direito ou por eventual sujeito de direitos.

Nessa busca por uma conceituação mais aperfeiçoada dos MSCC, observa-se que a fundamentação essencial ao referido instituto jurídico atravessa o formalismo dogmático para entender que existem as vias alternativas de acesso à justiça por intermédio das quais o cidadão pode se utilizar com o objetivo de restaurar o direito lesado. Quando essa atuação na solução do conflito se verifica sem a interferência estatal são conhecidos como "*Métodos de Solução Consensual de Conflitos Puros*" (negociação,[17] mediação[18] e arbitragem[19]). Caso haja utilização das vias alternativas em que se verifique a participação direta do órgão jurisdicional ou indireta por meio de atos homologatórios são chamados de "*Métodos de Solução Consensual de Conflitos Híbridos*" (conciliação,[20] transação civil e penal,[21] remissão[22] e o termo de ajustamento de conduta[23]).

Apesar da dificuldade política enfrentada pelos operadores do Direito em assinalar e expressar as críticas saudáveis e evolutivas direcionadas ao Poder Judiciário impõe-se o enaltecimento, neste ato, do profundo respeito desta linha de pesquisa pela postura individual e coletiva dos magistrados, enfatizando também o mérito pelo abnegado esforço profissional empreendido diuturnamente por diversos juízes e serventuários em detrimento do convívio tranquilo com a própria família. Entretanto, os dados estatísticos não deixam margem a dúvidas quanto a insofismável realidade referente ao fracassado esforço no âmbito jurisdicional para se atingir a efetividade, provando serem insuficientes e inócuos até o presente momento no cumprimento do nobre papel constitucional de "dizer o direito" em um lapso de tempo razoável e célere, conforme consta no art. 5.º, LXXVIII, da CF/1998,[24] sendo agora preceituado também no novel art. 4.º do CPC/2015.[25]

Desta forma, fica evidente que o acesso ao órgão jurisdicional não representa a melhor forma de compor um litígio, tendo em vista a morosidade e a falta de efetividade processual. Embora a maioria dos juristas nacionais e internacionais se vincule as correntes doutrinárias favoráveis aos citados métodos alternativos para composição e resolução do litígio, eis que surgem as críticas da escola norte-americana demonstrando certo receio por parte de alguns arautos e ilustres doutrinadores que se manifestaram contrários a essa tendência em diversas ocasiões de discussões e debates, inclusive publicando artigos científicos que expressam essa diretriz no viés da linha conciliatória mundial, afirmando que existe uma clara conotação de privatização do processo e que a difusão desses mecanismos alternativos representariam riscos às garantias processuais básicas.

Assim leciona Owen Fiss[26] externando seu persistente temor relativo a uma modificação de objetivos de busca da justiça e um desvirtuamento da atividade essencialmente voltada para a solução dos conflitos sociais e pacificação da comunidade, finalizando por prestigiar o vencedor do litígio, acentuando os interesses individualistas de ambas as partes.

Prossegue dizendo que quaisquer meios alternativos de solução de conflitos devem ser vistos como uma técnica a ser utilizada com moderação, tendo em vista que podem apresentar severas falhas procedimentais, como por exemplo, a obtenção de consentimento coagido que de tão sutil, fica quase impossível de ser constatado, envenenando a autonomia da vontade e distorcendo a intenção de justiça.

Parece que essa preocupação é muito relevante e o doutrinador pátrio tenta superar o inimaginável com a sedimentação do preceito contido no art. 3.º, § 2.º, do CPC/2015, afirmando que a utilização da técnica conciliatória deve estar sempre pautada na diretriz da autonomia da vontade e que nas sugestões de solução do litígio feitas pelo conciliador, fica expressamente vedado qualquer ato ou omissão, gesto ou palavra que tenha a conotação de gerar constrangimento ou intimidação mínima para as partes litigantes.

Eis aí uma importante técnica a ser gerida pelo conciliador para a real garantia dos direitos em disputa. Certamente muito mais valiosa que a própria sugestão da solução do conflito, porque garantida a integridade do direito das partes e intacta a livre manifestação volitiva, mesmo que frustrada a conciliação, restará ainda a mediação futura e incidental na possibilidade de ação que advirá sequencialmente para a defesa do direito pleiteado.

O legislador pátrio preocupou-se também em delimitar a atuação do mediador comparada aos recursos e meios utilizados pelo conciliador. Somente quando houver vínculo anterior que interligue as partes conflitantes a um processo, deverá intervir o mediador para viabilizar técnicas de comunicação e conversação que facilitem o entendimento dos interessados, criando um perfil de contraste que aponte os benefícios mútuos, objetivando dirimir o conflito, tendo em vista que a autocomposição não houvera se efetivado até aquele referido momento.

Não se pode criar um sofisma judicial e afirmar que as partes em conflito saem sempre ganhando. Ao contrário, a manifestação da vontade somente será cristalina se a consciência dos litigantes for sedimentada também sobre a necessária perda mínima que cada parte terá na negociação e conciliação em função da renúncia ao direito de litigância em prol da celeridade e efetividade processual. Deve-se buscar uma valorização dos interesses coletivos e a harmonização com os interesses individuais. Portanto, sem concessões mútuas nunca haverá acordo.

Assim, o que se espera é uma inteligência analítica e racional advinda dos operadores do Direito no sentido de que o Poder Judiciário deve se posicionar definitivamente em prol da cidadania, reconhecendo que a atividade jurisdicional também é parte integrante do governo. É a voz direta do agente estatal intervindo na vida das pessoas, sendo imperativo que suas atribuições e o exercício da jurisdição sejam pautados pela consciência coletiva em detrimento de querer se comportar como uma elite oligárquica intelectualizada e corporativa sem compromisso com os reais destinos da nação brasileira que ainda são nebulosos e carecem de definição.

Enganam-se aqueles que, por intermédio de opiniões consolidadas ou superficiais, divulgam amplamente pela seara jurídica que o novo Código de Processo Civil de 2015, juntamente com os novos meios alternativos que são os emergentes MSCC, serão a solução definitiva para os problemas anacrônicos e a crise instalada e gerida pelo Poder Judiciário que se arrasta por décadas no Brasil.

Os referidos meios alternativos surgem como mais uma ferramenta em busca de celeridade e efetividade da jurisdição. Entretanto, não possuem o condão de substituí-la gradativamente, tendo em vista que existem diversas situações de conflito que carregam elevada litigância jurídica e somente se revolvem pela atividade jurisdicional em detrimento de outras que possuem um acentuado fator psicológico de conflito e que, quando identificado e encaminhado à mediação, poderão ser conciliados e pacificados.

Assim, deve-se observar que os emergentes métodos alternativos trazidos pelo novo Código de Processo Civil de 2015 com suas referidas técnicas específicas denotam um retorno histórico que remonta aos primórdios do Direito Romano. A consolidação dessa retrospectiva legislativa pode ser produtiva, inócua ou prejudicial ao ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata de afirmação superficial e nem pretende esta pesquisa assinalar retrocesso catastrófico. Ao contrário, é um alerta cronológico racional sobre o movimento evolutivo cíclico que se tem observado no sistema jurídico pátrio oriundo do "*civil law*" que apresenta exagerada tendência de aproximação com o "*common law*", conforme se analisará no tópico a seguir.

4. Abordagem histórica do processo

A formação da autoridade estatal no mundo passou por diversos estágios culturais em lento processo de adjudicação antes de transformar-se em poder constituído. Nesse contexto, leciona José Reinaldo de Lima Lopes[27] que a busca pelo entendimento do processo judicial como instrumento de pacificação e harmonização da sociedade humana está inserida na criação do próprio Estado moderno. A autoridade patriarcal, nas sociedades do "oriente antigo", por exemplo, repousava soberana sob a sabedoria do conselho de anciãos, sedimentada em parâmetros da tradição e dos costumes.

A autotutela[28] criava decisões extremamente injustas e acabava por garantir a vitória ao litigante mais poderoso por intermédio de decisões deficientes e discricionárias, ou seja, aquele que obrigava o adversário a se submeter à solução imposta não cogitava requerer a apresentação ou a declaração de existência ou inexistência do direito, tendo em vista que obtinha a satisfação da pretensão simplesmente por intermédio da força.

A autocomposição[29] também surgiu como meio evolutivo de solução das controvérsias, dando origem a arbitragem como método alternativo que, por meio da manifestação do árbitro, dava fim aos litígios, tendo como diretriz os padrões morais colhidos na convicção coletiva e nos costumes, limitando-se a fixar a existência do direito. O cumprimento da decisão, naqueles tempos tenebrosos, continuava dependendo da imposição de solução violenta, arbitrária e tendenciosa.

Em rápida digressão histórica pode-se afirmar que o período arcaico e clássico se resume na ordem jurídica privada denominada "*ordo iudiciorum privatorum*" que se caracterizava como o processo civil romano essencialmente privado. Os procedimentos desse referido processo se apresentavam em duas fases: a "*legis actiones*" que se estendeu desde épocas muito remotas (754 a 149 a.C.) até a metade do século II a.C., sendo dessa fase a Lei das XII Tábuas, que surgiu no ano 450 a.C. É também nessa fase que a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para suas decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Nesse momento cronológico surge a insipiente projeção da figura do legislador.

A fase seguinte é a do sistema "*per formulas*" (149 a.C. a 209 d.C.) que se estende até o século III d.C., havendo nessa fase formular a estruturação do processo como se constituindo em recitação oral de palavras rituais, por meio de fórmulas que o magistrado redigia e entregava as partes litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar, correspondendo a cada direito violado um tipo de ação com uma respectiva fórmula.

Prosseguindo na cronologia evolutiva surge a fase chamada "*apud iudicem*" foi aquela em que as partes escolhiam o árbitro (nomeação) da confiança de ambos chamado de *"iudex unus*", sem poder de império, em que o pretor o investia no respectivo encargo de decidir a causa.

Inicia-se o período da "*cognitio extra ordinem*" (209 a 468 d.C) em que o pretor (magistrado) passou a conhecer do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentenças, ao invés de investir um árbitro nomeado pelas partes. Trata-se do século III d.C. Nesse período da história romana passou-se da justiça privada para a justiça pública.

Estas são as indicações históricas, ponderações e conclusões que esta pesquisa se propôs a delinear no sentido de trazer luz às discussões e debates que apresentam os emergentes MSCC, introduzidos pelo novo Código de Processo Civil de 2015, como a fatídica solução aos inúmeros problemas geridos pelos órgãos judiciários

brasileiros relativos à morosidade e a falta de efetividade processual que assolam a população ao longo de décadas.

Portanto, a observação da introdução dos MSCC como meios alternativos trazidos pelo novo Código de Processo Civil de 2015 para minimização da litigiosidade no ordenamento jurídico pátrio representam um retorno histórico aos primórdios da fase "*ordo iudiciorum privatorum*" que foi superada pela evolução do Direito Romano ou apenas um reflexo cronológico insipiente?

Essa retrospectiva legislativa por que passa o ordenamento jurídico brasileiro será produtiva, inócua ou prejudicial a sociedade civil? O movimento evolutivo cíclico que se tem observado no sistema jurídico pátrio fundamentado no "*civil law*" apresenta exagerada tendência de aproximação com o "*common law*"? O que se pode esperar desse entrechoque de filosofias jurídicas de naturezas diferentes? Seria esse um retorno reflexivo do direito voltado à privatização do processo? Haverão riscos às conquistas obtidas com as garantias individuais e processuais? Esta pesquisa se propõe a trazer luz a estes importantes questionamentos que culminam com a visão filosófica contemporânea a ser analisada minuciosamente no tópico 7.

5. Arbitragem

Para fixar conceitos que facilitem a análise e o entendimento, faz-se necessário afirmar que a arbitragem é uma técnica alternativa de resolução dos conflitos que se apresentam na vida em comunidade. Trata-se de procedimento consensual que antecede a fase de ingresso à pretensão judicial no sentido da pacificação entre as partes conflitantes que pleiteiam direitos patrimoniais disponíveis, fundado no *princípio universal da autonomia da vontade*, por intermédio da atuação de terceira pessoa individual ou em colegiado que sejam estranhos ao conflito e exerçam suas atribuições com independência, em que a escolha dos árbitros se faça em grau de confiança por ambas as partes conflitantes.

A arbitragem institui-se como fase pré-processual de composição de litígios e foi inserida no sistema jurídico brasileiro desde a Constituição Política do Império do Brazil, em 25.03.1824, elaborada por um digníssimo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I que se autodenominava o "defensor perpétuo do Brazil", em época remota na "*terra brazilis*" diante de um povo carente de direitos e de uma cultura apenas emergente no sentido da consciência coletiva nacional.

Seguindo um traçado histórico evolutivo, a arbitragem chega aos tempos atuais desvendando uma complexa fase adjudicatória e trazendo a modernidade conceitual por intermédio de conquistas alcançadas nesse tema que ocorreram com a vigência da Lei 9.307, de 23.09.1996, impondo-se como diretriz processual e redimensionando o ordenamento jurídico brasileiro, sofrendo alterações recentes do novo Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105, de 16.03.2015 e modificada pela Lei 13.139, de 26.05.2015.

Deve-se ressaltar também que a arbitragem se mostra mais eficiente diante dos litígios institucionais, em que as empresas com representatividade em vários países optam por esse meio alternativo de solução das controvérsias desde muito tempo, tendo se tornando tradição entre as sociedades empresárias internacionais que mantém um eficiente quadro de árbitros tecnicamente preparados para facilitar a resolução das diversas demandas.

6. Conciliação

Neste momento do raciocínio, torna-se imprescindível delimitar a atuação e os efeitos da conciliação comparados aos da mediação para que se possam entender perfeitamente os referidos institutos e seu conteúdo, posicionando-os adequadamente na fundamentação da tese jurídica ou na forma de atuar do causídico. Na conciliação observa-se que as partes adversárias devem buscar o acordo evitando o início do processo judicial ou para que se ponha um fim, caso ele já exista.

O conciliador é o indivíduo, auxiliar da justiça, que deve se dispor a sugerir, aconselhar e intervir no conflito, estimulando as partes ao acordo. Na conciliação não há uma análise profunda da origem do conflito, apenas

se faz a intervenção com o propósito único de buscar o acordo.

As lições de Fabiana Marion Spengler e José Luis Bolzan de Morais[30] afirmam que a conciliação se mostra como uma tentativa voluntária em busca do acordo por intermédio de um terceiro indivíduo interveniente para dirigir e orientar a discussão em prol da convergência de vontades. Prossegue ensinando que a diferença básica entre esses mencionados institutos é que na conciliação o tratamento do conflito é bastante superficial e o resultado, via de regra, é parcialmente satisfatório.

Spengler e Bedin[31] lecionam também que, apesar de ter-se observado a formação de uma comissão de notáveis juristas para a elaboração do novel diploma processual civil, os avanços obtidos foram tímidos no tratamento desses referidos novos institutos jurídicos recém incluídos que ficou eminentemente focada no processo e na jurisdição em detrimento de um aprofundamento sobre o tema mediação e os demais MSCC que foram rotulados de "alternativos" como entendimento preconceituoso.

As definições conceituais dos mencionados institutos se encontram descritas no art. 165 do CPC/2015, preceituando no § 2.º que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio e no § 3.º do citado artigo, pode-se observar que o mediador terá o dever de auxiliar as partes em conflito a identificarem alternativas de benefício recíproco diante de sua própria iniciativa. O núcleo de entendimento da definição de cada instituto define as atribuições de cada auxiliar da justiça, conciliador ou mediador, para que se providencie o encaminhamento de cada caso concreto, consolidando a ideia de que no procedimento judiciário ou na fase que o antecede, a conciliação é claramente definida como forma de solução para os conflitos sociais.

7. Mediação

Em abordagem planificada sobre o tema mediação, verifica-se que o objetivo dessa atividade é aproximar os polos opostos de uma relação conflitante, objetivando a busca de uma solução que preserve a natureza factual, mas induza as partes a encontrarem a melhor opção para a resolução do conflito contabilizando um mínimo de perdas mútuas, tendo em vista que somente por esse caminho se consegue chegar a uma composição justa e adequada.

Entretanto, a mediação não é cabível em todos os processos indiscriminadamente, seja incidentalmente ou na fase pré-processual, tendo em vista que, cada processo tem uma carga maior ou menor de fatores emocionais e jurídicos. Sempre que se observa a preponderância de fatores emocionais, claramente se manifesta a ampla possibilidade de acordo. Entretanto, se as divergências jurídicas são mais acentuadas e fundamentam uma carga de certeza mais densa ou mais fluida, então mais difícil se torna a proximidade do ponto de composição das pessoas em conflito. Torna-se necessária a decomposição dos referidos elementos psicológicos e jurídicos de cada caso analisado.

Obviamente, em razão do comprometimento emocional e eventualmente a falta de habilidade dessas partes para chegarem a uma solução razoável entre si chamada de conciliação, a negociação acaba se frustrando, razão pela qual se passa para a fase de mediação. Por isso há certa indefinição e dúvida na discussão terminológica entre mediação e conciliação.

As lições de Luis Alberto Warat são enfáticas em afirmar sobre o elevado grau de importância da atividade de mediação e o quanto é necessário observar na pessoa do mediador as qualidades intrínsecas da percepção das circunstâncias que sedimentam cada caso analisado, muito além da factualidade do conflito.

A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência.[32]

Toda resolução de conflito bem sucedida passa pela nuance do aprendizado pessoal das partes, seja vencedora ou vencida, tendo em vista que a própria expectativa da resolução do conflito gera um desgaste pessoal inevitável, em que a parte derrotada transfere imediatamente para o sistema judicial representado na figura do agente estatal a responsabilidade por seu infortúnio. Isso deve ser evitado ou minimizado pela atuação perfeita do mediador.

Assim, para que não haja resquícios de vício ou mácula da livre expressão volitiva das partes envolvidas no conflito, torna-se imprescindível que o mediador conscientize os envolvidos na demanda sobre as inevitáveis perdas oriundas do acordo de vontades. O termo mediação não sintetiza a ideia de ganhar sempre, mas envolve a grandeza e a generosidade da cessão, doação, em busca do objetivo maior que é a autocomposição. O mediador tem o dever de perceber as diferenças, amenizar a atitude prepotente das partes envolvidas no conflito e posicionar-se muito além da mera resolução juridicamente viável, acalmando os ânimos dos contendores e criando a aceitação psicológica para possíveis perdas mútuas.

A mediação foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico pátrio como via alternativa de composição de conflito referendada no novo Código de Processo Civil de 2015 e consolidada pela Lei 13.140, de 26.06.2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, fundamentada em princípios que direcionam para a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé. No desempenho da técnica de mediação, existe a necessidade de efetuar uma seleção dos casos concretos apresentados e direcionar para a mediação apenas aqueles que os operadores do Direito envolvidos no fato conflituoso entendam, em conjunto, serem suscetíveis de composição.

Vale ressaltar também que a mediação se subdivide em duas modalidades: ***passiva*** *que consiste na atuação do terceiro indivíduo disposto a ouvir cada versão das partes conflitantes, agindo como agente facilitador na demanda, buscando aparar as arestas, os pontos de atritos, sem colocar o próprio ponto de vista ou posição técnica, sem apresentar solução parcial ou total da demanda, além de não poder interferir nas manifestações de vontade e tampouco fazer propostas ou contrapropostas aos litigantes. A segunda modalidade é a ativa, em que o conciliador, assim denominado no direito pátrio, vai além da mera expectativa. Atua como facilitador na demanda, aproximando as partes e envidando conversação conciliatória, podendo emitir opinião e apresentar suas proposições no sentido da conciliação e autocomposição.*

A cátedra de Neil Andrews[33] *tem um enfoque bastante amplo e afirma que a mediação pode surgir em diversas fases do conflito e, em virtude desse fato, pode ser vista como um substituto integral para todos os tipos de litígios civis, seja na fase que o antecede, seja depois de iniciada a adjudicação, assim como também pode ser exercida depois da sentença judicial expedida, dentro do lapso temporal recursal.*

Desta forma, a mediação se apresenta como meio mais flexível e eficiente de resolução dos conflitos civis, diante da ideologia criada, introduzida e vivenciada pelos tribunais ao longo de décadas de sua existência institucional de que a parte vitoriosa "sempre leva tudo". Essa mentalidade faz parte da própria criação do Poder Judiciário em diversos países do mundo.

Afirma também que a experiência britânica é uma clara constatação da grande importância de se utilizar técnicas de mediação porque se fundamentam em fatores orgânicos e institucionais: a confidencialidade, a livre escolha do mediador, a oportunidade de acordos flexíveis, a conclusão rápida e o baixo custo da disputa. Por outro lado está o contencioso judicial e a arbitragem com processos onerosos e quase sempre hostis às partes conflitantes. Desta forma, o próprio governo britânico se mostrou compelido a incentivar e promover a mediação para a resolução de litígios civis com baixo custo sob a recomendação de casos apropriados.

8. Visão filosófica contemporânea

Ao se analisar a concepção filosófica adotada pelo novo Código de Processo Civil de 2015, torna-se necessária uma digressão pelos conceitos mais arraigados na filosofia contemporânea e buscar o entendimento dos filósofos mais famosos e de extensa produtividade acadêmica da modernidade.

O fenômeno da liberdade democrática[34] sob a ótica do direito processual segue uma tendência ortodoxa, em que se entende que a democracia representativa é marcada por enormes contradições, patrocinando um entrechoque de interesses individuais e coletivos tão complexos das comunidades e permeados pela diversidade que, em alguns casos, chegam a ser diametralmente opostos, tendo em vista que a ideia de democracia[35] exige uma base homogênea da população para se fundamentar uma teoria minimamente

viável, ou seja, um axioma que garanta os direitos políticos de participação de todos os cidadãos na formação da opinião pública, da consciência coletiva e da vontade política.

A teoria de Jürgen Habermas[36] apresenta um diagnóstico aceitável para o fenômeno jurídico na modernidade. Nesse contexto, pode-se afirmar que as condições de legitimação democrática do direito somente poderiam ser mantidas por meio de uma divisão de tarefas. O sistema jurídico tem dupla funcionalidade, sendo positivo e negativo. Leciona Habermas que na função positiva o sistema jurídico deve colonizar suas formas de vida solidariamente estruturadas e criar limitações para os âmbitos de ação formalizados ou sistêmicos a fim de que não se projetem sobre o *mundo da vida.* Na função negativa, o sistema jurídico atua como meio por intermédio dos quais os sistemas lançam suas projeções para esse mesmo sistema descrito, observando-se que os discursos de legitimação democrática devem ser originados a partir de uma esfera pública.

Durante o processo legislativo que gerou o novo Código de Processo Civil de 2015, não parece haver sido fundamentado os âmbitos de ação formalizados e os critérios indefinidos que levaram a comissão encarregada de redigi-lo não equacionaram os preceitos do novel diploma à esfera pública, desconsiderando a necessidade de minuciosa avaliação das funções positivas e negativas implicitamente agregada ao novo Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, os discursos de aplicação do direito deveriam estar disponíveis no sistema jurídico para que a esfera pública produzisse os discursos de legitimação democrática, consolidando o fundamento ideológico que regenera o sistema político.

O processo de formação democrática da legislação deveria fornecer critérios de aplicação, tendo em vista serem muito mais que regras, ou seja, representam valores intersubjetivamente compartilhados de uma sociedade e, infelizmente, não se observaram os referidos métodos de aplicabilidade.

Ronald Dworkin[37] afirma que o juiz aplica princípios, na efetivação do direito, para realizar uma reconstrução dos valores da sociedade em que se encontra vinculado. Na “praxis” da decisão judicial, o juiz reconstrói monologicamente o conjunto de leis e precedentes relevantes para o caso em juízo por intermédio de critérios que dimensionam sua justificativa.

Nesse aspecto, deve-se reconhecer o esforço da comissão de juristas para fundamentar durante a tramitação do projeto de lei do novo Código de Processo Civil de 2015 a força da jurisprudência e garantir o processo democrático de formação da referida norma, tendo em vista que o respectivo processo legislativo de sua elaboração foi cercado por mediana discussão na sociedade brasileira o que representa uma considerável evolução que garante a integração social. A legitimidade do sistema de normas em um Estado democrático de direito somente poderá ser alcançada dessa forma.

Os MSCC introduzidos pelo novo Código de Processo Civil de 2015 tem como objetivo principal diminuir o índice de litigiosidade e alcançar um nível de celeridade e efetividade processuais até então desconhecido dos órgãos judiciários. Os métodos e os procedimentos adotados no sistema processual atual têm demonstrado falhas e um completo vácuo, tanto na fase de cognição quanto na de execução, afastando o cidadão de seus direitos, fazendo-o amargar as excessivas dilações de prazos e os variados recursos interpostos que se consagram diante da morosa atividade judicial.

Percebe-se que a implementação de modificações na sociedade brasileira inicia-se pela observação de que os princípios gerais do direito processual têm sofrido nítida influência da estabilidade ou instabilidade institucional e política do país. Assim, a regulamentação do processo depende das concepções filosóficas, políticas e culturais da nação e a participação e intervenção dos operadores do Direito torna-se imprescindível, devendo o processualista moderno comprometer-se com a efetividade do processo em busca de resultados consistentes que tragam a pacificação social.

Nesse início de século XXI, cultivar a ideia de neutralidade quanto aos resultados da atividade processual ou agir com indiferença diante dos objetivos da instrumentalidade do processo que tem como finalidade

suprema a efetividade é um posicionamento inadmissível.

A sociedade clama por mudanças no sistema jurídico brasileiro e os juristas devem visualizar o processo como instrumento de harmonização da comunidade e para isso torna-se extremamente necessária a superação da inoperância e a falta de celeridade da atividade judiciária, tendo em vista a imprescindibilidade de exigência da resposta rápida para dirimir o conflito de interesses, posto que, a morosidade processual impõe sofrimento às partes em função da excessiva espera por uma solução judicial e executividade da sentença.

O art. 5.º, XXXV,[38] da CF/1988, preceitua o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, garantindo a não exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário em face de quaisquer ameaças aos direitos dos indivíduos. A constitucionalização desses direitos espraiou-se pelo novíssimo diploma processual civil, conforme as disposições contidas no art. 16 do CPC/2015.[39] Assim, verifica-se a dualidade dos princípios basilares da jurisdição: o direito à tutela jurídica e o direito ao devido processo legal, sendo que, no art. 2.º do CPC/2015,[40] preceitua-se o *princípio da inércia* que consolida o *princípio do direito de ação*, em que o interessado reclamará a tutela jurisdicional, provocando o exercício da jurisdição, conforme exigência legal desse dispositivo.

As concepções políticas e sociais da comunidade estão intimamente ligadas a compreensão do conceito de jurisdição que se delineia em determinado momento histórico. O instituto da jurisdição é o mais amplo no âmbito das ciências sociais e em virtude disso, não se pode analisá-lo sob um ângulo de visão restrito unicamente ao poder de "*dizer o direito*". A jurisdição está sujeita a diversas influências em sua dimensão axiológica e se aproxima enormemente da política social que fica suscetível a diversos tipos de ingerências exteriores, nefastas ou benéficas, ao sistema normativo.

O surgimento do *Estado liberal* fez com que a jurisdição evoluísse adquirindo procedimentos mais adequados ao sistema organizacional que vigoram até os dias atuais, sendo necessário, portanto, o redimensionamento de valores ortodoxos e a valorização do teor declaratório da sentença visando sua executividade como se propõe o novo Código de Processo Civil de 2015. A ciência processual deve seguir a tendência e as diretrizes da política constitucional que anunciam a transformação de concepções clássicas, tendo em vista que o desenvolvimento do direito não se resume à obra do legislador, mas soma-se à prática jurídica cotidiana.

A reflexão filosófica, política e jurídica direcionam o jurista para a conclusiva análise da superação do positivismo jurídico metodológico, podendo-se demonstrar todas as conexões necessárias entre o direito, a moral e a política para se estruturar uma teoria dos direitos baseada na igualdade que apresenta radicais diferenças das teorias puramente positivistas e se edificam sob o argumento moral e os direitos morais.

A *teoria da justiça* de John Rawls[41] apresenta os fundamentos de uma teoria dos direitos legislativos, lecionando que os indivíduos possuem direitos e que um desses referidos direitos é axiomático,[42] fundamental e inato que é a igualdade. Ronald Dworkin seguiu a tese de Rawls e o denominou de *direito à igual consideração e respeito* ("*right to equal concern and respect*"). Rawls pretendeu elaborar uma teoria que fosse uma alternativa diferente das demais doutrinas utilitaristas criadas e que dominaram a tradição filosófica durante tantos anos.

Certamente que faltou na base de formação do novo Código de Processo Civil de 2015 uma concepção filosófica igual ou semelhante a *teoria da justiça* que impregnasse o novo diploma processual civil com a ideia que a sociedade é uma associação de indivíduos relativamente autossuficientes que, por meio de seu inter-relacionamento, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias para serem cumpridas e obedecidas, com o objetivo de realizar o bem comum por meio de um sistema de cooperação social delimitado pela consciência coletiva. A justiça é a base fundamental da sociedade, ou seja, o modo pela qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de atributos oriundos da cooperação social.

A concepção de justiça está irremediavelmente ligada a equidade ("*fairness*") que fundamenta a democracia

constitucional. Os princípios de justiça social são os parâmetros na escolha de critérios políticos que devem ser aplicados para diminuir as desigualdades difusas da sociedade. Leciona ainda que as sentenças condenatórias e todas os demais julgamentos justos ou injustos que modificam a realidade do indivíduo influenciam o tema justiça. Observa-se também que as pessoas agem diuturnamente sem se questionarem sobre a adequação de cada ato praticado sob a ótica daquilo que entendem como justiça. Assim, quando o assunto é justiça social, o nível de consciência coletiva e a percepção de cada cidadão sobre a distribuição de direitos e deveres fundamentais chegam ao nível crítico e não conseguem visualizar a divisão de vantagens por meio da cooperação social que as instituições políticas tem o dever de administrar em prol da coletividade.

O aprofundamento do raciocínio sobre a *teoria da justiça* leva a entender que as grandes instituições sociais desempenham importantes papéis sociais e possuem a prerrogativa de definir direitos e deveres dos indivíduos, como por exemplo, a família monogâmica que influência e direciona as perspectivas de vida e projetos pessoais, definindo os rumos da sociedade civil.

Rawls[43] afirma que a grande influência da constituição política e os principais projetos econômicos e sociais afetam diretamente a liberdade de pensamento e a consciência patriótica que demandam serem protegidos contra a atuação impiedosa dos mercados competitivos, da propriedade privada e dos meios de produção. Para se atingir o parâmetro da justiça social, torna-se necessária a devida distribuição dos direitos e deveres fundamentais por intermédio das instituições públicas que tem a obrigação de seguirem rigorosa política pública legitimada pelos membros da sociedade, objetivando as oportunidades econômicas e sociais que devem atingir toda a comunidade.

Immanuel Kant[44] teoriza sobre a filosofia racional para afirmar que o homem é sujeito ativo do seu conhecimento e de sua ação no mundo, negando a ordem cósmica e afirmando que o incondicional é a consciência transcendental. Com seus estudos transformou-se no maior teórico de sua época e iniciou uma nova fase do conhecimento humano baseado na subjetividade universal.

Norberto Bobbio[45] ensina que os direitos fundamentais devem ser efetivados para que tudo não redunde em meras declarações solenes e que a busca pela garantia dos direitos dos cidadãos também inclua os meios processuais para se evitar os danos decorrentes do excessivo tempo de duração do processo.

Assim, observa-se que a tendência filosófica contemporânea segue no sentido de aproximar o indivíduo da criação da norma a qual será submetido gerando a legitimidade que dará fundamentação ao preceito de lei.

9. Considerações finais

Em linha de conclusão, observa-se que o pensamento social democrático surgiu de uma matriz teórica gerada na função social dos direitos subjetivos públicos e privados, como consequência da autonomia do agir humano que alicerçou o liberalismo político e econômico, surgindo como uma reação à nova visão introduzida na cultura ocidental.

Assim, entende-se que a comissão de notáveis juristas encarregados de elaborar o texto do novo Código de Processo Civil de 2015 não teve a devida precaução e sensibilidade de fundamentar o novíssimo diploma processual civil com uma específica corrente filosófica que legitimasse a concepção de harmonização e vida comunitária da sociedade brasileira para que essas assinaladas escolhas realmente refletissem no maior ou menor grau de litigiosidade da sociedade civil.

O dogmatismo filosófico que caracteriza o processo no ordenamento jurídico pátrio fundamentou-se no Estado democrático de direito surgido sob a influência dos ideais da Revolução Francesa e da independência norte-americana, ganhando *status* de dogma constitucional na Constituição Federal de 1988, integrando o texto da Carta Magna e criando as bases do atual processo e impondo-se diante da legislação infraconstitucional, renovando-se agora com os emergentes institutos jurídicos introduzidos pelo novel diploma processual civil brasileiro.

O novo Código de Processo Civil de 2015 vem à lume, sob o manto translúcido das enormes expectativas dos operadores do Direito que participaram ativamente de debates nacionais e fomentaram também alguma insipiente discussão com a sociedade civil. Trata-se de um diploma legal elaborado e sedimentado durante todo o processo legislativo sob a égide da democracia participativa e dos preceitos constitucionais.

Em mãos de diversificada e seleta comissão de notáveis jurisconsultos, tramitou vagarosamente pela Casa Legislativa durante quatro longos anos e após diversas audiências públicas, submeteu-se a centenas de sugestões que somente o tempo sentenciará sobre a legitimidade representativa dessas opiniões convergentes.

O mencionado diploma processual civil emergente, após o transcurso do lapso temporal de um ano para sua *vacatio legis*, entrou em vigor no dia 18.03.2016, na síntese preceitual de sua carga legislativa de 1.072 artigos, apresentando sua nova proposta de harmonização da sociedade, desejando ser conhecido pela comunidade jurídica brasileira por sua modernidade expressada em avanços significativos contra os atos protelatórios, a uniformização de jurisprudência por meio dos incidentes de demandas repetitivas, a celeridade e efetividade processuais, além do valoroso incentivo a solução consensual de conflitos por intermédio da conciliação e mediação, a fim de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Outra nova ferramenta que se destaca e promete trazer resultados satisfatórios para a justiça brasileira é a conciliação, instrumento esse que busca o entendimento das partes em litígio, surtindo o efeito semelhante a uma "triagem" dos casos e seleção dos litígios de acordo com sua complexidade. Por intermédio dessas atividades e de outros institutos de ampliação de tutela diferenciada acima referidos, busca-se reduzir o ajuizamento de demandas junto ao Poder Judiciário e também como proposta de mudança à procura de alternativas mais econômicas na solução dos conflitos sociais.

Apesar das diversas análises preliminares que envolveram o projeto inicial do novo diploma legal, percebe-se que as mudanças efetivas e os efeitos gerados na sociedade política somente serão percebidos com a completa implementação dos novos institutos processuais trazidos ao âmago desse novo código e as repercussões sofridas ou sentidas pelas instituições públicas e privadas, entidades civis e cidadãos. Assim, o novo Código de Processo Civil de 2015 surge em um ambiente político de constitucionalização dos direitos processuais com a promessa de celeridade e efetividade a fim de solucionar a crise institucional do Poder Judiciário. Observa-se então, desde o art. 1.º do mencionado diploma legal, uma exagerada preocupação em mencionar no texto da lei a observância integral da Constituição Federal de 1988 na prática processual e não somente referendada em princípios constitucionais fundamentais. Aparentemente um excesso de zelo que será avaliado com maior precisão no futuro, tendo em vista a redundância desse posicionamento.

Todo texto normativo infraconstitucional está irremediavelmente subordinado à Carta Magna. Portanto, trata-se de uma menção desnecessária, tendo em vista que a legitimidade constitucional vai além da organização de estruturas estatais e se posiciona como idealizadora e coordenadora do espaço público e privado. O poder jurisdicional estatal deve prioritariamente se curvar aos valores e princípios constitucionais que definem a estrutura do Estado brasileiro e fundamentam a república, ou seja, ser constituído e ter como base a soberania, a cidadania, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana, o respeito ao trabalho e à livre iniciativa, o pluralismo político e a democracia.

As expectativas nutridas pelos operadores do Direito com a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 são enormes e extrapolam as próprias possibilidades e probabilidades de efetividade processual, tendo em vista que as modificações introduzidas são limitadas e o legislador foi tímido em mudanças radicais.

A reflexão filosófica racional serve para lembrar à humanidade que a solução mais viável para a estruturação de uma sociedade livre e solidária é o culto à liberdade que tem no Estado democrático de direito seu ícone mais representativo. O indivíduo e a coletividade, ao longo da cronologia social, sempre representaram os pontos mais luminosos no contexto da vida da humanidade e as ciências trabalharam no sentido de definir a perfeita interação entre ambos.

Assim, a busca da compreensão sobre o relacionamento harmônico entre ser humano e sociedade possibilita

o entendimento e o planejamento do curso da história, ressalvado o aspecto do evento imponderável e a alternância entre pensamento e ato, intenção e atitude efetiva. O perfeito equacionamento social se dá por intermédio da democracia com o objetivo de se atingir e garantir a liberdade humana.

10. Referências

ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer: New York, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva. 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. I e II, Trad. Carmen C. Varriale et al. 13. ed. Brasília: UnB, 2007. vol. 1 e 2.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FISS, Owen M. Against settlement. 93 *Yale Law Journal* 1073-90. may 1984.

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: *entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Trad. Alexandre Fradique Mourujão e Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A theory of justice*. Oxford University Press, 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. *Acesso à Justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba, Multideia, 2013.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SUGESTÕES DE LEITURAS RELACIONADAS AO TEMA

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.

COSI, Giovanni. FODDAI, Maria Antonietta. *Lo spazio della mediazione: conflitti di diritti e confronto di interessi*. Milano: Giuffrè, 2003.

GARCÍA VILLALUENGA, L. ROGEL VIDAL, C. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. comentarios a la ley*

5/2012. Madrid: Reus, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao poder judiciário. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link="revista_artigos_id=108855]." Acesso em: 22 jul. 2016.

Pesquisas do Editorial

- O PARADIGMA RACIONALISTA E A RIGIDEZ DAS FORMAS NO PROCESSO CIVIL, de Felipe Santana Mariz Nogueira - RePro 160/2008/325
- BREVES NOTAS SOBRE OS MODOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS, de Willis Santiago Guerra Filho - RePro 42/1986/271
- OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO DAS PRÁTICAS CONCILIATÓRIAS AO NOVO PROCESSO CIVIL, de Michele Paumgartten - RePro 247/2015/475
- O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA ARBITRAGEM , de Leonardo de Faria Beraldo - RArb 49/2016/175

© edição e distribuição da EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.