

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUIZA RAPIZO BOSQUÊ

OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, BOA-FÉ E AUTONOMIA DA VONTADE NA
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO E
MEDIAÇÃO DO NOVO CPC.

RIO DE JANEIRO

2017

2017
LUIZA RAPIZO BOSQUÊ

OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, BOA-FÉ E AUTONOMIA DA VONTADE NA
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO E
MEDIAÇÃO DO NOVO CPC.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial para aprovação na
disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II.

Orientador: Prof. Walter Rodrigues dos Santos.

RESUMO

A presente monografia pretende analisar três dos principais princípios orientadores do instituto da mediação de conflitos, quais seja, a autonomia da vontade, boa-fé processual e a cooperação. Inicia-se compreendendo no que consistem as formas alternativas de resolução de conflito, com destaque para a mediação, em seguida, passando pelo panorama normativo do tema no Brasil. No primeiro capítulo, discorre sobre a autonomia da vontade e a livre manifestação da vontade e, no segundo, a boa-fé e a cooperação. Busca-se entender a evolução histórica, política e jurídica de cada um desses princípios, situando-os dentro do modelo de Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988. Por fim, passa-se à análise desse arcabouço principiológico com recorte do artigo 334 do novo Código de Processo Civil, de 2015, que prevê a audiência preliminar de conciliação e mediação no procedimento comum cível. O trabalho, por fim, partilha do entendimento de que a mencionada audiência, à luz desses princípios não possui caráter obrigatório, contudo, a recusa necessita de justa motivação.

Palavras-chaves: Mediação. Autonomia da vontade. Boa-fé processual. Cooperação. Audiência preliminar.

ABSTRACT

This study aims to analyze three of the main guiding principles of that forms the mediation, autonomy of will, good faith and cooperation. It begins by understanding what constitutes alternative forms of conflict resolution, with emphasis on mediation, then going through the it's normative scenario in Brazil. In the first chapter, it discusses the autonomy of will and the principle of the free expression of will, and in the second one, good faith and cooperation. It seeks to understand the historical, political and legal evolution of each of these principles, placing them within the model of the Democratic State of Law and the Federal Constitution of 1988. Finally, we proceed to the analysis of this principiological framework with a clipping of the article 334 of the new Code of Civil Procedure, 2015, which provides for the preliminary conciliation and mediation hearing in the ordinary civil procedure. The work, finally, shares the understanding that the preliminary hearing, considering these principles, is not mandatory, however, the refusal needs fair motivation.

Key-words: Mediation, Autonomy of will. Procedural good faith. Cooperation. Preliminary hearing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 – AUTONOMIA DA VONTADE.....	11
1.1 A autonomia da vontade.....	11
1.2 Autonomia da vontade e mediação.....	18
1.2.1 O Estado Democrático de Direito e a cidadania ativa.....	18
1.2.2 A necessidade da livre manifestação da vontade.....	20
1.3 Direitos do mediando imperativos à autonomia da vontade.....	24
CAPÍTULO 2 – O DEVER DE COOPERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL	27
2.1 A boa-fé.....	34
2.2. A cooperação e a corresponsabilidade das partes.....	40
2.2.1 Crítica à cooperação processual.....	41
2.2.2 Crítica da crítica – a feição cooperativa do Estado Democrático de Direito.....	43
2.2.3 Fundamento constitucional para aplicação do princípio da cooperação no processo civil brasileiro.....	48
2.3 Os princípios da cooperação e da boa-fé objetiva e a mediação de conflitos.....	52
CAPÍTULO 3 – A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DO ARTIGO 334 DO NCPC.....	56
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

INTRODUÇÃO

Os meios alternativos de resolução de conflito trazem consigo a ideia de que a justiça e a pacificação, bens maiores no ordenamento, podem ser alcançadas também pelos membros da sociedade – não necessariamente apenas pelo Poder Judiciário. Defende-se que este, portanto, ‘detém monopólio sobre a jurisdição, o que não impede a realização de outras formas de realização de justiça por outros órgãos distintos’. Neste paradigma, a Justiça – leia-se Poder Judiciário – deve figurar como cláusula de reserva, destinadas àqueles conflitos cuja natureza impedem a autocomposição.

São os meios alternativos: arbitragem, a conciliação e a mediação. A arbitragem se difere das outras duas formas de composição pois ainda segue a lógica litigiosa, em que um terceiro alheio e imparcial impõe decisão aplicando o direito ao caso concreto – sentenciando a solução da controvérsia. Ao passo que a mediação e conciliação implicam na realização da composição pelas próprias partes. São, portanto, meios de autocomposição dos conflitos.

Se distinguem em dois principais aspectos: a imparcialidade ou não do terceiro que conduz o procedimento e os tipos de conflitos aos quais se aplicam. Essa diferenciação é positivada no artigo 165, §§2º e 3º do novo Código de Processo Civil.

O conciliador tem papel mais ativo na condução da conciliação. Auxilia na comunicação entre as partes, mas não possui posição imparcial nesta configuração. O conciliador tem o poder de apresentar possíveis propostas de solução ou acordo, que podem ser acatadas pelas partes, caso elas assim convençionem. Assim, mostra-se como método mais impessoal, ideal para aquelas relações sem vínculos anteriores e que, provavelmente, não se prolongarão no tempo.

Nesse sentido:

A conciliação como técnica é muito útil nos problemas que não envolvem relacionamento contínuo ou significativo entre as partes, possibilitando trabalhar para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro da vida daquelas. A conciliação é conduzida por um terceiro, o conciliador, para ajudar as partes a se

comunicarem, a facilitar acordos, onde o objeto da disputa é material. Mas ele não é neutro e imparcial, pois além de promover facilitações de diálogo, apresenta sanções se prendendo nas questões objetivas superficiais.¹

Por sua vez, na mediação, objeto do presente trabalho, o mediador possui papel de facilitador da comunicação, sem demonstrar tendência por qualquer caminho de solução, devendo esse ser construída inteiramente pelas partes. A mediação é técnica de resolução de conflito que se apoia na autocomposição das partes. Pressupõe a comunicação direta entre os sujeitos, mediados por um terceiro sem poder de decisão, expondo seus interesses, desejos e motivações internas, não necessariamente jurídicas, com abertura para negociação, a fim de transformar as divergências existentes em soluções mútuas.²

Ainda segundo Lenita Pacheco:

No processo de mediar um conflito ente as partes, com a interferência de um terceiro – o mediador – aceitável por ambas, que tem um poder de decisão limitado e não-autoritário, ajudam-nas a chegar voluntariamente a decisões conjuntas ou a acordos, mutualmente aceitáveis com relação às questões em que há disputas. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.³

Apesar de buscar também por um acordo, o objetivo maior da mediação é recompor e manter a relação existente entre as partes, “a mediação é essencialmente o diálogo ou negociação como envolvimento de terceiro”⁴. Por isso, é indicada para casos de disputa familiar, condominial, de vizinhança, entre outras, onde existem relações que perduram no tempo.

Percebe-se que a ordem adversarial, pautada na defesa e acusação, em que um terceiro alheio tem o poder de decidir quem está certo e quem está errado, tirando o

¹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Mediação da alienação parental: a Psicanálise no Judiciário*. 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

² LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 85-111, jul.-set. 2010.

³ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. *Op. cit.* p.31

⁴ *Ibidem.*

deslinde do conflito das mãos dos mediandos, é deixada de lado em benefício da lógica consensual. Sobre este ponto:

[...] a mediação traz uma nova perspectiva na prática do Direito, por não ter um caráter adversarial, optando pelo diálogo e pelo entendimento entre as partes, apresentando relevo na implementação de uma cultura pacificadora, também conhecida como cultura do consenso, apogeu da cidadania.

Segundo o Desembargador César Curry, presidente do FONAMEC ⁵a mediação é método que só demonstra vantagens, é “ganha-ganha”. É possível reduzir o tempo de resolução das demandas, reduzir os custos, e criar uma decisão mais legítima, uma vez construída pelas próprias partes. ⁶

Para seu bom resultado, a mediação – que pode ser judicial ou extrajudicial – deve ser de livre escolha das partes, que devem pautar suas condutas na boa fé, na cooperação, com participação ativa e visão prospectiva. A técnica não possui pretensão de atribuir culpa, mas tão somente de que seja encontrada, dentre uma pluralidade de soluções, aquela mais adequada à realidade das partes, restabelecendo a relação desgastada pelo conflito.

A evolução normativa da mediação o Brasil começou no âmbito do direito do trabalho, nos anos 1990 com o uso de técnicas de negociação e mediação de conflitos. No ano de 2001 foi promulgada a primeira lei estadual dispondendo sobre mediação, no Mato Grosso do Sul, instituindo a justiça comunitária no Poder Judiciário. Nesse contexto, deve-se destacar os esforços feitos pelos tribunais em todo o país em prol dos meios consensuais de conflito, criando seus próprios programas de mediação.

Essa tendência tomou forma no texto da Resolução 125 de 2010, ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Justiça. Até a chegada da Lei da Mediação em 2015, a Resolução centralizou-se como referência normativa sobre a mediação no

⁵ Fórum Nacional da Mediação e Conciliação.

⁶ RANGEL, Tauã Lima Verdán. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. Revista Bonijuris, Curitiba, vol. 28, ano XXVIII, n. 3, p. 6-18, mar. 2016

Brasil, e instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Determinou a criação dos CEJUSCs, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e editou o Código de Ética dos conciliadores e mediadores judiciais.

Após a apresentação de alguns projetos de lei sobre meios consensuais de conflito, em 2015 foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, sobre mediação entre particulares e no âmbito da administração pública. A lei define a mediação e delimita seus princípios fundamentais, além de regulamentar e dar mais segurança à prática. Ademais, a mediação também é expressamente prevista no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015, logo no artigo 3º, §§2º e 3º, impondo ao Estado a promoção dos meios consensuais de solução de conflitos, sempre que possível, devendo ser estimulado pelos agentes públicos.⁷

Entre as previsões do NCPC, no artigo 334 está o dever incumbido ao juiz de, existindo condições para tanto, designar audiência preliminar de conciliação e mediação – o réu é citado para comparecer à audiência antes mesmo de contestar a peça vestibular. Esse dispositivo causa controvérsias na doutrina brasileira no sentido de que uma leitura puramente literal do texto faz entender que esta seria etapa processual obrigatória no novo procedimento comum cível.

À luz de três dos princípios basilares – autonomia da vontade, boa-fé e cooperação – o presente estudo busca compreender o papel de cada um deles na dinâmica consensual da mediação, seus limites e aplicações concretas. Em suma, tem a pretensão de analisar como esses cânones da ordem jurídica moldam o instituto da mediação. O presente trabalho se esforça em analisar a evolução jurídica de cada um dos preceitos, situando-os em diferentes modelos de Estado, e por fim, procura entender como esse arcabouço jurídico se insere na atual Constituição Federal e no Estado Democrático de Direito.

Com base nesse estudo, tece breves considerações sobre as implicações da nova audiência de conciliação e mediação inserida pelo NCPC (artigo 334), utilizando

⁷ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 258, ano 41, p. 495-515, ago. 2016.

os princípios da autonomia, boa-fé e cooperação para compreender a realidade prática dessa previsão, a possibilidade de recusa e a necessidade ou não de motivação para tanto.

O objeto da monografia é de grande relevância uma vez que a mediação se mostra como uma alternativa para resolução das demandas que afogam o Poder Judiciário, trazida pelo legislador de forma mais minuciosa apenas há pouco tempo, com a Lei da Mediação de 2015 e o Novo Código de Processo Civil, também de 2015, apesar dos estudos doutrinários que já tem abordado o tema há algumas décadas no Brasil. Por se tratar de matéria nova no ordenamento, requer aprofundamento de modo a interpretá-la e aplicá-la à luz dos preceitos fundamentais da Constituição, permitindo sua máxima efetividade.

Além disso, é necessária a preparação dos profissionais do direito e estudantes que devem atuar como colaboradoras às políticas de implementação dos meios consensuais de conflito. O domínio sobre a matéria permite o esclarecimento das partes sobre a mediação e conciliação, inspirando confiança e segurança na adoção de tais métodos.

A monografia utiliza de método dedutivo, com análise de importantes conceitos e institutos jurídicos através pesquisa bibliográfica, abarcando obras de grandes doutrinadores brasileiros publicadas em livros, revistas e plataformas eletrônicas, bem como, da legislação afetada ao tema.

CAPÍTULO 1 – AUTONOMIA DA VONTADE

1.1 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia, como forma de expressão da liberdade, no decorrer do tempo, mostra evolução que reflete o modelo institucional de Estado em que se insere, desde as concepções liberais, passando pelo Estado Social, até o paradigma atual de uma sociedade marcada pela democracia e participação ativa do cidadão.

Em princípio, nascida dentro do direito privado, como premissa para a celebração de contratos e fundamento para as relações privadas, a autonomia da vontade teve sua primeira manifestação no Direito Romano⁸, imperiosa às fervilhantes atividades mercantis da época. Nesse contexto, a autonomia era ao mesmo tempo instrumento e finalidade do contrato: celebrado pelas partes no gozo de sua liberdade e em prol de seus interesses individuais e íntimas vontades.

Neste plano civilista, a autonomia compreende todos os aspectos do contrato: a faculdade de contratar ou não, com quem contratar, qual o conteúdo do contrato, assim como, a possibilidade de acionar o aparato estatal para fazer valer o acordado⁹. Dessa maneira, as relações privadas surgem da livre vontade, nos termos do princípio da autonomia da vontade clássico.

No período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, o pensamento marcado pelo culto ao individualismo, tem como plano de fundo o modelo de Estado Liberal, onde a intervenção estatal é mínima. Nesse momento histórico, o dogma da liberdade e igualdade dos indivíduos contrapõe-se à lógica anterior absolutista, no qual todo o poder é concentrado de forma ilimitada na figura do Estado.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10-25.

⁹ *Ibidem*, p. 21.

Defendia-se, segundo alguns doutrinadores¹⁰, a supremacia do indivíduo sobre a coletividade¹¹, traduzida na ampla capacidade de se autorregurar e na sua máxima expressão: o contrato.

Nesta percepção, destaca Caio Mário:

“Proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não pode interferir, ainda quando o contrato resulte para uma das partes a ruína completa. O contrato, como expressão da liberdade individual seria incompatível com as restrições que se opunham a esta liberdade”.¹²

Não obstante a consagração dos valores e liberdade individuais, tal concepção passou a destoar do contexto fático vivido. A liberdade e a igualdade, pressupostos básicos da autonomia privada, se revelavam falsos¹³, diante da real dinâmica dominante na sociedade.

A igualdade é concebida formalmente, nos moldes do pensamento positivista, que caracterizou o movimento liberal. Em vistas de limitar a atuação do Estado e garantir liberdade individuais, instituiu-se forte aparato legal com rígido sistema jurídico, que confere segurança e pouca flexibilidade ao ordenamento¹⁴.

A partir dessa lógica racional, a codificação não admite circunstanciar o direito, que se torna abstrato e genérico. Isso reflete a preocupação em dar tratamento igualitário a todas as pessoas, ignorando aspectos históricos, sociais e econômicos, concebidos de maneira apartada do direito positivo.

¹⁰ Cite-se Sergio Armando Frazão, Guilherme Fernandes Neto e Paulo Roque Khouri.

¹¹ ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2007, p. 54.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

¹³ FRAZÃO, Sérgio Armando. Autonomia da vontade (da): Valor do princípio no sistema individualista. Sua decadência no direito moderno. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco P. 1939 apud ALVES, Mariza Santos Pereira. Op. cit.

¹⁴ DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 04, n. 1, p. 245-277, 2011, p. 248-250.

Segundo Caio Mário, o desenvolvimento do capitalismo, permeado pela industrialização e criação de grandes potências empresariais, levou à defasagem entre as partes contratantes. Aqueles que na teoria são iguais, na realidade, estão, em via de regra, em posições econômicas diferentes – desproporcionalidade que se reflete no contrato. Dessa feita, um ato cuja aparência é de manifestação de vontades livres e iguais, em verdade, contém grave disparidade, ofendendo ao ideal de justiça, razão maior da ordem jurídica. (2015, p.25)

Então, fez-se necessária a intervenção do Estado de maneira a equilibrar as relações sociais, com políticas públicas que dão subsídio às partes mais fracas. Entre estas intervenções, está a limitação ao exercício da autonomia da vontade em benefício de valores sociais maiores, inserindo o indivíduo no contexto fático do qual é parte integrante.

Em meio a essa ruptura de paradigma e reverberando na evolução do direito constitucional¹⁵, nasce o Estado Social de Direito, limitador da autonomia da vontade, visando a integração do arcabouço de liberdades dos indivíduos à realidade que os cerca.

Depreende-se que as relações entre as pessoas da sociedade não podem atender somente aos interesses internos daquele trato específico, mas deve observar a coletividade, tendo que atender à chamada função social. O princípio clássico do direito privado passa a ter seus efeitos relativizados, submetido ao crivo da ordem pública.

A nova dinâmica de limitação pelo Estado das garantias individuais gerou em parte da doutrina o sentimento de que este seria o fim do princípio da autonomia da vontade. Autores indicaram a incompatibilidade do Estado Social e suas peculiaridades com a manutenção da lógica de autorregramento dos indivíduos, uma vez que o Estado passou a interferir ativamente na seara das relações privadas.

¹⁵ Em contraponto com a função da constituição no Estado Liberal, no Estado Social de Direito, a Magna Carta deixa de ter caráter meramente limitador da atuação estatal face às liberdades individuais, mas adquire função também limitadora dessas liberdades em defesa de valores e garantias coletivamente pensadas. A constituição adquire caráter normativista, segundo o qual a ordem jurídica passa a ter maior unidade, encabeçada pelo texto constitucional.

Entretanto, evidencia-se como melhor doutrina aquela que entende não pela decadência e fim da autonomia privada, mas pela necessidade de delimitação de novos contornos, permitindo a sua inserção na nova ordem constitucional.

Resta claro que a autonomia dos indivíduos integrantes de uma sociedade, pressupondo a existência de alguma forma de ordem social, jurídica ou política, nunca poderá ter natureza irrestrita, visto que acarretaria no completo caos e insegurança, inexistindo qualquer regra de convivência para compor os interesses conflitantes.

Conforme Fredie Didier:

“o autorregramento da vontade é entendido como o espaço que o direito destina às pessoas, **dentro de limites prefixados**, para tornar jurídicos os atos humanos e, por, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica” (grifo nosso).¹⁶

Assim, a autonomia, já em seu nascedouro, revelava-se limitada. Cabe aos operadores do direito, novamente, diante das mudanças na concepção de Estado e de ordem constitucional, a tarefa de atualizar e estabilizar novo perfil ao princípio da autonomia da vontade.¹⁷

Inserida nessa transformação, a autonomia da vontade precisou ser despida das antigas concepções liberais, sendo alvo de restrições mais limitadoras quanto ao seu âmbito de incidência e exercício, contudo, mantendo sua essência como manifestação do direito de liberdade.

Tais limitações são absorvidas da norma fundamental do ordenamento, a constituição, que ao delimitar princípios que prezam por valores de toda a coletividade acabam por cercear certas liberdades individuais.

¹⁶ DIDIER, Fredie, Jr. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, jun. 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>.

¹⁷ ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2007, p. 16.

Da necessidade de conciliar os interesses individuais com o interesse geral da coletividade, e com o reconhecimento da impossibilidade de concretização desses interesses em fórmulas rígidas, resultou a incorporação de princípios gerais, normas abertas, disposições elásticas, conceitos amortecedores, no bojo dos diplomas que disciplinavam relações de direito privado, necessários à flexibilização do Código Civil.¹⁸

A liberdade e a autonomia são, então, pensadas da perspectiva coletiva. Os efeitos das manifestações de vontade dos sujeitos ainda decorrem da autonomia privada, mas restringe seus efeitos a esta seara, dentro de sua própria liberdade, em favor da coletividade, adquirindo uma função social.

Cabe ressaltar o posicionamento de Caio Mário no que diz respeito aos contratos. O autor entende que a justaposição entre o princípio da autonomia e a função social só ocorre naqueles casos em que os interesses individuais inerentes ao trato negocial atingem de alguma maneira preceitos e valores sociais maiores ou direito de outrem. Apenas nesse caso, será preciso adequar o contrato, dando efetividade aos mencionados valores, limitando a autonomia do sujeito. Conclui que, nesse sentido, a função social e os limites impostos pela ordem constitucional em prol da sociedade não atinge todos os contratos.

Nota-se, como bem apontado por Daniel Sarmiento, que o homem é concebido como agente moral, “capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas, **desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade**”¹⁹ (grifo nosso).

Na Constituição brasileira, é possível observar duas facetas do princípio da autonomia privada: o primeiro se relaciona com o movimento acima explanado de limitação e adoção de novos contornos devido à realidade fática e a preocupação com a sociedade; e o segundo tem o condão de revelar as expressões do princípio da

¹⁸ ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2007. P. 16.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006 aput ALVES, Mariza Santos Pereira. Op. cit. P. 49.

autonomia da vontade na ordem constitucional, servindo de fundamento para diversos outros direitos e garantias.

A limitação em benefício da coletividade se traduz através do princípio da solidariedade, valor consagrado nas constituições a partir do advento do Estado liberal, perdurando com a chegada ao Estado democrático de direito.

A partir de uma breve análise do pensamento de Durkheim enfatiza-se que os fatos sociais atingem a sociedade como um todo, tendo em vista esta ser um corpo só, unido e integrado. Dessa forma, qualquer alteração no funcionamento de parte dela, atinge todo o resto²⁰.

Essa concepção permeia o conceito da solidariedade social, que tem o objetivo de buscar o equilíbrio e coesão entre os indivíduos e a ideia de que a sociedade unida deve tentar eliminar as mazelas que atingem parte dela, imbuída do espírito coletivo.

Nas palavras de Paulo Nalin, a responsabilidade pela conjugação da solidariedade e da autonomia privada cabe, especialmente, ao Poder Judiciário:

“Percebe-se, assim, haver intrínseca relação entre autonomia privada, Constituição e solidariedade social, cabendo ao Judiciário a árdua e precípua tarefa de conjugar todos esses valores, tomando como norte o indivíduo, não na sua perspectiva individual e, exclusivamente, material, mas sim, na coletiva material e existencial, pois, sob este prisma, lei alguma disporá”²¹

A Constituição Federal brasileira consagra o princípio da solidariedade e o posiciona, não somente como norteador e limitador de condutas, mas como fim a ser alcançado, logo no título referente aos princípios fundamentais: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

²⁰ ARAUJO, Marta do Socorro Sousa de. Solidariedade social: as ponderações de Émile Durkheim. In: Revista de políticas públicas, v. 9, n. 2. São Luiz do Maranhã, p. 51-70. jul.-dez. 2015.

²¹ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006 apud ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Brasília, 2007, p. 48

Apesar da limitação imposta pela ordem jurídica ao princípio da autonomia privada, este não perdeu sua ligação com livre manifestação de vontade e é garantido como expressão e pressuposto de diferentes liberdades individuais ao longo do texto constitucional.

No título dos princípios fundamentais, a CRFB/88 traz os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, regulamentados mais adiante nos artigos 7º e 170, II, IV e V, do texto constitucional.

Destacam-se, também, a liberdade de fazer tudo aquilo que não é vedado (art. 5º, II, CF), liberdade de associação (art. 7º, XI e 8º, IX e parágrafo único) e liberdade de formar família (art. 226, §3º). Dessa maneira, observa-se que:

É imperioso concluir, portanto, que o princípio da autonomia da vontade também é protegido pela ordem constitucional. É pressuposto necessário de vários direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República, o que faz ressaltar também o seu caráter de fundamentalidade dentro da Constituição.²²

No artigo 5º, *caput*, XXII e XXIII, do título de direitos e garantias fundamentais, são consagradas a liberdade, igualdade e propriedade, direitos que pressupõe independência e capacidade autorregramento dos sujeitos, ligados intimamente à autonomia privada.

Como é possível observar pelas breves considerações tecidas no presente estudo, a liberdade tem conteúdo altamente complexo, sendo uma de suas ramificações o direito à autonomia privada e ao autorregramento que significa, nas palavras de Fredie Didier:

O direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas”.

A capacidade de autorregulação tem direta ligação com a dignidade humana, valor protegido no artigo 1º, III, da CRFB/88, figurando até mesmo como pressuposto

²² ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2007.

desta, no sentido em que permite a autodeterminação do indivíduo e que este viva da maneira que julgar melhor, manifestando sua personalidade e identidade em meio à coletividade da qual faz parte.

1.2 AUTONOMIA DA VONTADE E MEDIAÇÃO

1.2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E CIDADANIA ATIVA

O artigo 1º traz da Constituição Federal consagra entre os princípios fundamentais, o princípio da cidadania (inciso II), basilar para o modelo de Estado democrático de direito instaurado.

Isso porque a democracia, em sua essência, pressupõe a participação ativa da sociedade na construção jurídica, econômica, história, entre outros aspectos, com destaque para a participação política, apogeu da soberania popular.

Nesse sentido, o Estado democrático de direito tem como premissa a cidadania ativa, compreendida como “[...] aquela que empodera o cidadão como portador de direitos e deveres, mas, fundamentalmente, criador de direitos para abrir novos espaços de participação política.”²³ em que o cidadão “[...] além de ser alguém que é capaz de exercer direitos, cumpre deveres ou goza de liberdade em relação ao Estado, assim como é titular, mesmo que parcialmente, de uma função ou poder público”.²⁴

A cidadania ativa, com indivíduos organizados em prol do interesse coletivo, carece de sujeitos dotados de autonomia e independência, sem receio quanto às consequências de sua manifestação de vontade, utilizando um espaço no qual é livre para exercer sua liberdade de autodeterminação, de manifestação e de participação política.

²³ RANGEL, Tauã Lima Verdán. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. Revista Bonijuris, Curitiba, vol. 28, ano XXVIII, n. 3, p. 6-18, mar. 2016

²⁴ Ibidem.

Analisando outros níveis da relação entre cidadania e a autonomia privada, percebe-se que a primeira pressupõe mais do que autonomia para o exercício do direito de participação política. A sociedade democrática deve ser formada por cidadãos capazes de solucionar autonomamente os conflitos sociais, inerentes ao convívio em coletividade²⁵, sem necessidade de submeter todo e qualquer embate ao crivo do Estado-juiz.

Nesse contexto, se insere perfeitamente, como forma de aflorar a capacidade de autocomposição de conflitos, os meios consensuais de resolução de demandas, com especial apreço à mediação.

A mediação, na medida em que preconiza a responsabilização das partes para composição do dissenso, de maneira que o consenso surja da união de esforços entre eles e reflita as suas vontades, mostra a possibilidade de autoafirmação e autorregramento dos mediandos e figura como manifestação do princípio da autonomia da vontade.

A esse respeito, o entendimento a seguir transcrito traduz acertadamente o ponto de vista trazido neste presente estudo:

A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Trata-se, com efeito, de reconhecimento e fortalecimento da cidadania ativa como instrumento capaz de conferir amadurecimento aos indivíduos, inclusive na condição e administração do conflito [...]. Nesse cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos, que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal, que, corriqueiramente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos atores rivais, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.²⁶

²⁶ RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. Revista Bonijuris, Curitiba, vol. 28, ano XXVIII, n. 3, p. 6-18, mar. 2016.

Destarte, é possível observar como a autonomia, mesmo após seu redesenho com o advento do Estado Social, ainda permanece viva e ocupa espaço de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de limitado pelos valores sociais maiores e, em última análise, pelo princípio da solidariedade social, a autonomia da vontade exerce papel primordial na sustentação da democracia e de cânones fundamentais, como a liberdade, a cidadania e a dignidade humana.

1.2.2 A NECESSIDADE DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

A mediação, como forma de composição de conflito, não visa rigorosamente a celebração de um acordo. Esta é consequência desejada, contudo, sua ausência não prejudica de modo algum o sucesso das sessões realizadas.

O que se busca com esse método é a retomada de laços perdidos e do diálogo entre as partes; e o mediador funciona como um catalizador do processo de reaproximação dos mediandos em prol do objetivo comum de alcançar o consenso e a composição da controvérsia.

Nesse sentido:

“(...) a mediação não objetiva, propriamente, o acordo, mas sim, o diálogo entre as partes, sendo este o papel do mediador: atuar como um facilitador do diálogo a ser travado ou resgatado, empoderando os mediando a tomarem as suas próprias decisões, independentemente de tal repercutir ou não em um acordo”.²⁷

O diálogo, no contexto de disputa, mostra-se como importante instrumento e oportunidade de crescimento para as partes, no sentido de que ao externalizar seu discurso e internalizar o discurso do outro, os mediandos podem descobrir uma pluralidade de soluções, mais adequadas e legítimas, em contraponto com a tradicional imposição vertical de uma sentença pelo Estado-Juiz.

²⁷ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A mediação familiar sob um viés prático: das noções elementares às etapas executadas. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 63, n. 454, p. 35-42, ago. 2015, p.36.

Entretanto, deve-se observar que a atividade da comunicação exige uma postura proativa das partes, de engajamento e disposição para participar ativamente e escutar²⁸.

Assim, ao falar de mediação e, conseqüentemente, de sua finalidade maior, o diálogo, fala-se também em vontade das partes.

O termo vontade, em seu significado mais amplo, consiste na faculdade do ser humano de querer, de optar e de fazer ou deixar de fazer determinados atos livremente, sem qualquer tipo de interferência – um impulso interior que leva a pessoa a realizar algo anteriormente planejado ou atingir seus objetivos pretendidos.²⁹

No contexto jurídico, a vontade pode assumir contornos que permitem ao homem livremente assumir obrigações e celebrar negócios jurídicos, delimitando seu alcance e conteúdo.

A livre manifestação da vontade, na acepção de externalizar a autonomia da vontade, não possui disposição expressa no texto constitucional, decorrendo do direito inviolável de liberdade³⁰, assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Fundamental salientar que a autonomia da vontade possui limitações, principalmente em razão do interesse social, destacando-se o art. 421, do Código Civil “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nesse sentido, como já destacado, há um movimento forte doutrinário de substituição do termo autonomia da vontade por autonomia privada, destacando a

²⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Fórum, vol.1, 2016, p. 77-91.

²⁹ Vontade. Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vontade/>. Acesso em: 18 out. 2017.

³⁰ MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. p. 20-22.

limitação desta em prol do interesse coletivo, restringindo, de certo modo, a liberdade ao âmbito privado³¹.

Assim, a vontade do homem, livremente exercida, permitia que este assumisse obrigações e definisse ilimitadamente os negócios jurídicos, inclusive o seu conteúdo. A autonomia privada não retira do homem a liberdade, mas determina que o exercício deste direito observe certos limites e finalidades, como por exemplo, a função social do contrato.³²

De suma importância perceber que a voluntariedade é essencial à mediação, na medida em que esta pressupõe negociação e a saída da inércia³³, buscando a construção de uma solução pelas partes, mediadas por um terceiro que não tem poder decisório, mas apenas figura como facilitador da comunicação.

Nesse ponto, e reforçando a necessidade do engajamento das partes, o artigo 2º, caput e §2º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais³⁴, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, prevê:

Art. 2º. As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para seu bom desenvolvimento, **permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido**, sendo elas: (...) §2º. Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma **decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.** (grifo nosso).

A livre manifestação da vontade se relaciona diretamente ao papel exercido pelo mediando, qual seja, de abertura de comunicação em busca de um consenso, contrariando a ordem adversarial, em busca da autonomia das decisões.

³¹ BATISTA, J. Pereira. Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais, Lisboa: Lex, 1997, p. 111 e seguintes apud MORI, Amaury Haruo Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007., p. 20.

³² MORI, Amaury Haruo. *Op cit.* 2007, p. 20-22.

³³ Compreende-se essa inércia como a espera por uma decisão externa advinda de terceiro alheio ao conflito, com poder decisório absoluto, sem participação ativa das partes.

³⁴ Corresponde ao Anexo III da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, editada em 29 de novembro de 2010.

Destaca-se que, nessa perspectiva, a prestigiada autonomia foi expressamente positivada e garantida como princípio norteador de conduta daqueles que optam pela autocomposição, disposta no parágrafo 4º do artigo 166, do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 166, § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

A vontade e disposição, como elementos essenciais da mediação, devem ser protegidas até mesmo do entusiasmo de parte da doutrina e do Estado acerca da difusão dos meios consensuais de resolução de conflito como fórmula mágica para desafogar os tribunais.

A aplicação generalizada da mediação pode descaracterizá-la. Nos termos de Fernanda Tartuce³⁵: “[...] é preciso preservar a imagem da autocomposição: forçar e forjar situações para incitar pessoas despreparadas a celebrar acordos são condutas totalmente reprováveis.”

Nesse sentido, é de suma importância ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 veda qualquer constrangimento ou intimidação às partes para que estas conciliem, nos termos do art. 165, §2º:

Art. 165, § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Cumprido destacar que, por se tratar de um método baseado na autodeterminação das partes, até mesmo nos países em que a mediação se impõe obrigatória, como por exemplo no Canadá³⁶, a autonomia dos envolvidos vê-se respeitada.

³⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Fórum, vol.1, 2016, p. 77-91.

³⁶ ÁVILA, Elieide Matos. Mediação familiar: apresentação de um modelo canadense adaptado à realidade brasileira, p. 2-5.

Isso porque, apesar da obrigatoriedade de participação, pertence à essência da mediação a não obrigatoriedade de celebração de acordo. Como já explanado, o acordo não é o propósito maior, mas uma consequência do reenlace do diálogo entre as partes.

Sobre esse ponto de vista:

O Estado coloca à disposição das partes a possibilidade de resolução amigável dos litígios envolvendo direitos patrimoniais de direito privado. Mas as partes têm ampla autonomia para revolver ou não o litígio através da transação.³⁷

Assim, apesar de ser possível a implementação da compulsoriedade na adoção do método consensual de solução de controvérsias, “[...] as partes nunca serão obrigadas a celebrar o acordo, no máximo são obrigadas a tentar chegar a um acordo”³⁸, restando respeitada a autonomia dos envolvidos.

1.3 DIREITOS DO MEDIANDO IMPERATIVOS À MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE.

A manifestação da vontade, além de livre de influências ou de coerção, deve ser ilibada de vícios e erro; o que nos conduz ao cerne do direito de esclarecimento que é garantido ao mediando, previsto no art. 2º, §1º do Código de Ética do Conciliadores e Mediadores de Conflito, do CNJ.

Diz o texto legal que os envolvidos devem ser elucidados sobre a mediação de forma clara, completa e precisa, sendo informados, inclusive, sobre os princípios regentes, regras de comportamento e etapas do procedimento.

Ora, a ligação entre o esclarecimento completo e a manifestação livre de uma vontade se mostra quase óbvia. Só é possível escolher com liberdade e segurança

³⁷ MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007, p. 24.

³⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Mediação judicial: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. apud GONÇALVES, Jessica Almeida. Princípios da mediação de conflitos civis. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 157, fev. 2017.

quando se tem consciência total do objeto em julgamento, não havendo pontos obscuros sobre os quais pode-se apenas especular, o que descaracterizaria a vontade pura, sendo substituída por uma aposta, ou mero impulso, sobre algo que não se conhece ao certo.

Ademais, a realização de uma decisão informada permite maior operabilidade e eficiência, uma vez que as partes iniciam as sessões conscientes do papel por elas exercido e da conduta esperada, preservando a essência do instituto.

De suma importância destacar a definição disponível no *site* da AMC – Associação de Mediadores de Conflitos, nesse sentido:

As partes, ao iniciarem uma mediação, estão conscientes daquilo que se lhes é exigido e daquilo que podem obter, mas sobretudo, que o fazem de livre vontade sendo corresponsáveis pelo sucesso ou insucesso do processo. A Mediação é, portanto, um processo voluntário e a responsabilidade das decisões tomadas no decorrer da mesma cabe aos mediados.³⁹

Além do direito de esclarecimento, podem ser citados, ainda, como direitos dos mediados que se estreitam com o princípio da livre manifestação de vontade: (a) indicar de comum acordo mediador do seu caso; (b) desistir da mediação a qualquer momento⁴⁰.

Sobre este segundo direito, destaca-se o artigo 2º, §2º, da Lei de Mediação:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:
§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Da breve exposição feita no presente estudo acerca do princípio da autonomia da vontade, suas implicações e aplicação no processo de mediação de conflitos, notável a direta relação entre eles.

³⁹ Princípios Fundamentais. Associação de mediadores de conflito – AMC. Disponível em: <https://mediadoresdeconflitos.pt/a-mediacao/principios-fundamentais/>

⁴⁰ LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 85-111, jul.-set. 2010, p 88-89.

A mediação mostra-se como uma das formas de efetivação da liberdade individual e da autorregulação, como espaço para o protagonismo do diálogo entre as partes e para exposição de vontades de cada sujeito como forma de buscar o consenso em conjunto.

CAPÍTULO 2 – O DEVER DE COOPERAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL.

A boa-fé representa um modo operante, uma conduta, pautado pela preservação de expectativas, apreço pela segurança jurídica e previsibilidade dos atos, que estão revestidos pelos valores de lealdade, honestidade e probidade. Retrata uma das formas de agir jurídicas possíveis dentro um leque de opções.

Com berço no Direito Romano, o dogma da *bona fides* é importante fonte no direito ocidental que relaciona, desde os primórdios do direito civil, a conduta humana a um comportamento determinado pela lisura e lealdade. Possuía contornos semelhantes àqueles da boa-fé objetiva – que será abordada a seguir – aplicada sobre objetos predeterminados, implicando na exigência de comportamentos específicos; que não se confundem com o dever de agir conforme o homem médio, de abordagem mais subjetiva.⁴¹

Os princípios da cooperação e da boa-fé são o que podemos chamar de princípios-irmãos. A conduta pautada na boa-fé e na cooperação produzem expectativas legítimas de probidade que devem ser protegidas.

Seus desígnios finais representam a eficácia do princípio fundamental da solidariedade, pelo qual busca-se a harmonização, coesão e pacificação, de modo a promover a integração social. Dessa maneira, esse modo operante gera na sociedade um sentimento de segurança e confiança, baseados no comportamento e na imagem do indivíduo, essenciais para o bom convívio da coletividade.

Segundo Deutsch⁴², no sentido de que a cooperação gera uma “interdependência promovedora” entre os indivíduos de uma sociedade:

⁴¹ RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. Tese (Mestrado). In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 99, p. 573-658, 2004, p. 573-578.

⁴² DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e processos destrutivos. In: Azevedo, André Gomma. Estudos em arbitragem, negociação e mediação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. P. 29-100. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fd/gt/> apud SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, THEOBALDO SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, Theobaldo Spengler. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 230, ano 39, abr. 2014.

Assim, em uma ‘situação cooperativa, os objetivos estão tão ligados que todos ‘afundam ou nadam’ juntos, enquanto que, na situação competitiva, se um nada, o outro deve afundar’. Partindo de tal pressuposto, com base no mesmo autor, é possível definir uma situação cooperativa como aquela em que qualquer participante os alcançará se, e somente se, os outros com quem está ligado também o podem fazer”⁴³

Nota-se a estreita ligação entre o agir cooperativo, com vistas à boa-fé, e o princípio da solidariedade gravado no artigo 3º, I, da Constituição Federal, na medida em que permite um cenário em que quando um participante atua de maneira a aumentar suas chances de alcançar um objetivo – no caso do processo, a pacificação do conflito, em tempo razoável, de maneira justa e efetivando os direitos materiais em discussão – aumentam-se as chances dos demais também atingirem tal meta. Em contrapartida, no ambiente de competição, sem colaboração e com abuso de direitos ou posições jurídicas, quando um sujeito se aproxima do objetivo, diminui as chances dos outros alcançá-lo também.⁴⁴

Tomando como referência sua concepção objetiva, qual seja, aquela que não valora as vontades e intenções por trás do comportamento humano, mas tão somente, se este se enquadrar em padrões pré-definidos⁴⁵, a boa-fé revela a existência de três facetas de sua aplicação: (a) parâmetro de interpretação integrativa do direito; (b) criadora de deveres jurídicos; e (c) limitadora ao exercício de direitos⁴⁶.

Acerca do aspecto objetivo da boa-fé, Brunela Vieira de Vicenzi, 2003:

Ao contrário, não irá importar a culpa ou o dolo do agente, mas, em cada caso concreto, verificar se a prática do ato deu-se em conformidade com a confiança depositada na contraparte ou em desrespeito a uma situação jurídica já equilibrada e, ainda, se o exercício inadmissível ampara-se em formalismo desnecessário. [...] preocupa-se mais, em respeito à confiança e colaboração entre as partes, com a manutenção de uma relação jurídica sadia do que em destruí-la [...].

⁴³ SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, THEOBALDO Spengler op. cit.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Construção que ocorre não abstratamente, mas inserida no contexto histórico, social, político e econômico vivenciado – possui enorme ligação com a cultura e costumes vigentes. Assim, não representa um conceito estático, é variante conforme o desenvolvimento do pensamento jurídico em meio às constantes mudanças da sociedade.

⁴⁶ VICENZI, Brunella Vieira de. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas. p. 157-177, 2013, p. 159.

Neste momento, para o estudo da relação entre o princípio da boa-fé e o princípio da cooperação, cumpre analisar a função supletiva, de criação de direitos anexos, não necessariamente expressos, mas que devem ser observados para conformação da conduta, e a função corretiva, que limita o agir dos sujeitos titulares de direitos.

Como exposto, os princípios representam nortes da conduta humana no trato com a sociedade. Contudo, é preciso observar que a conduta, essencialmente, possui duas formas de expressão: o fazer e o não fazer. Segundo Humberto Dalla Bernadina⁴⁷, é justamente nessa dicotomia que se insere a distinção entre a boa-fé objetiva e a cooperação, dentro do processo civil.

O primeiro [nível de cooperação] corresponderia mais propriamente ao que identificamos como boa-fé objetiva, a medida em que se refere ao dever das partes de atuarem com honestidade e boa-fé, evitando práticas abusivas. [...]. Por sua vez, o segundo nível da cooperação corresponde ao princípio da cooperação propriamente dito, ao qual o texto se refere como um “nível de cooperação avançado”, no qual as partes devem efetivamente atuar juntas para definir os pontos que devem ser esclarecidos na etapa probatória.⁴⁸

Nesse sentido, a boa-fé objetiva relaciona-se com aquela função corretiva do princípio, representando contornos para o agir do indivíduo no exercício de seus direitos e de suas posições nas relações jurídicas.

Impede-se o exercício de posições que, apesar de lícitas, revelam-se prejudiciais à expectativa ou confiança criada legitimamente entre os sujeitos ou entre o sujeito e os membros da coletividade.

No âmbito do processo civil, a boa-fé objetiva limita o espaço de participação e atuação das pessoas no processo, a fim de evitar que, nesse exercício de uma posição lícita, gere-se comportamento incoerente, prejuízo à sociedade ou a outras pessoas, protegendo valores sociais considerados maiores, entre eles, a pacificação social, a solidariedade, a duração justa do processo e eficácia dos direitos materiais.

⁴⁷ ALVES, Tatiana; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, vol. 15, p. 240-267, jan.-jul. 2015.

⁴⁸ Ibidem

A boa-fé objetiva, quando aplicada ao processo, tem o condão de evitar o exercício inadmissível de posições jurídicas. Destarte figurar no âmbito do direito público, o direito de ação e participação na construção do processo enseja movimento por parte dos indivíduos, que, se executado de maneira exacerbada, “impede ou alongam o tempo necessário para a realização do direito material.”⁴⁹

Em suma, busca-se proteger o espaço de atuação das partes, de modo que não seja desvirtuado de seu objetivo, qual seja, permitir participação e influência dos cidadãos na construção judicial, valorizando aquelas condutas que não obstam o andamento do processo, nem o prolongam demasiadamente além do tempo razoável para resolução daquela controvérsia.

A função supletiva, por sua vez, relaciona-se diretamente ao princípio da cooperação processual. Isto porque, a cooperação pressupõe não só uma abstenção do agir para que não se prejudique a marcha processual, mas também uma atuação proativa, uma saída da inércia de modo a colaborar ativamente com a construção do processo e a almejada resolução do conflito.

No âmbito dos contratos, o aspecto supletivo da boa-fé objetiva tem o condão de criar deveres anexos, secundários ou de conduta.

Segundo Carlos Alberto Mota Pinto (1970):

Trata-se de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato [...] dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação.⁵⁰

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, a boa-fé:

[...] cria deveres anexos ao vínculo principal [...] existe aquilo que as partes se referiram e, depois, há deveres colocados ao lado, ora ditos secundários, ora anexos, especialmente o dever de informar, mais um

⁴⁹ VICENZI, Brunella Vieira de. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas, 2013. P. 157-177.

⁵⁰ PINTO, Carlos Alberto Mota. Cessão de contrato. Coimbra: Atlântida Editora Sarl, 1970 apud VICENZI, Brunella Vieira de. *Op. cit*

dever negativo, o de manter sigilo sobre alguma coisa que soube da outra parte, ou até deveres ditos 'positivos', como o de procurar colaborar com a outra parte.⁵¹

No direito processual civil, observa-se o surgimento de obrigações a partir da compreensão do artigo 6º do novo Código de Processo Civil, onde encontra-se esculpida a cooperação⁵².

Entre eles:

(a) O dever de esclarecimento preceitua o dever de tanto as partes, quanto o juízo, se manifestarem com clareza e coerência, prestando informações rápidas e completas sempre que necessário ou requisitado, de maneira proativa em benefício do andamento ágil do processo.

Do texto legal, destacam-se os seguintes artigos do NCPC: artigo 77, I, dispõe que as partes devem expor os fatos conforme a verdade; artigo 396, pelo qual o juiz pode ordenar a exibição de documento ou coisa em poder da parte; artigos 298 e 489, II e §1º, sobre a necessidade de fundamentação de todas as decisões no processo; e, por fim, o artigo 357, §1º, pelo qual é assegurado o direito das partes de esclarecimento sobre manifestações do juízo.

(b) O dever de consulta, umbilicalmente ligado ao princípio do contraditório e à lealdade processual, onde as partes devem ser sempre consultadas antes das decisões proferidas pelo juízo, independente se sobre questão incidental ou de mérito. Evita-se assim, o desferimento de “decisões-surpresa”.

Sobre esse dever, apontam-se os artigos 10, onde o juiz está impedido de proferir decisão sem abrir oportunidade para manifestação das partes, 222, que permite o prolongamento de prazos em comarcas de difícil acesso e 487, parágrafo

⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. P.43 apud VICENZI, Brunela Vieira de. Op. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas, 2013. P. 157-177.

⁵² DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015, p.118-134.

único, quando não será reconhecida a decadência e prescrição sem prévia manifestação das partes.

(c) O dever de auxílio, no qual o juízo deve auxiliar as partes na eliminação de obstáculos que obstam o andamento processual normal. Por exemplo, na expedição de ofício para obtenção de prova que a parte, por suas vias próprias, está enfrentando injusta dificuldade.

A respeito do dever de auxílio, ressalta-se o §3º que dispõe sobre o saneamento compartilhado do processo, conforme transcrito abaixo:

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

(d) O dever de prevenção, referente à conformação, pelo juízo, da atuação das partes, de forma a aproxima-las daquele comportamento cooperativo e de boa-fé, preservando o bom andamento da demanda.

Destaca-se o artigo 139, III, que permite ao juiz prevenir e reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça e meramente protelatórios. Dessa maneira, o juiz conduz o processo nos moldes dos princípios constitucionais, prezando pela conduta leal, de boa-fé, que não obste o bom andamento processual.

Sobre a proteção do princípio da cooperação no Novo CPC:

A importância da previsão expressa a respeito da cooperação entre os sujeitos do processo se mostra condizente com o princípio processual da boa-fé, que também é consubstanciado em dever dos sujeitos processuais, tanto que, de acordo com o novo CPC, a boa-fé é parâmetro para a interpretação dos pedidos e da própria decisão judicial (art. 332, §2º e 489, §3º).⁵³

⁵³ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

Nesta feita, a cooperação entre as partes, externada pela observância, em especial, dos deveres acima mencionados representa evidente vantagem prática para as partes integrantes do processo.

Assim como nos Estados Unidos, a criação de impasses, de dificuldades, de incidentes meramente protelatório, a falta de interesse em colaborar na resolução do litígio, torna o processo no Brasil algo desnecessariamente caro e demorado, em prejuízo á efetividade da prestação jurisdicional.⁵⁴

Ainda neste sentido:

A novel previsão a Lei 13.105/2015⁵⁵ reverbera o entendimento de que, para se alcançar estes objetivos, há a necessidade de observância de deveres pelos sujeitos do processo. Assim, ao dever do Estado de prestar uma jurisdição justa adequada, célere e eficaz atrela-se o dever das partes de cooperarem entre si com o mesmo objetivo.⁵⁶

Consoante aos princípios da solidariedade e da isonomia, a boa-fé e a cooperação processual promovem o equilíbrio da relação entre as partes em conflito, e preserva o direito ao acesso à justiça.

Em um processo em que uma das partes encontra-se em posição, por exemplo, econômica ou tecnicamente superior a outra parte, possuindo maiores condições de defesa e produção de provas, o direito universal de acesso à justiça restaria violado, uma vez que a parte “mais fraca” não possui meios de negociar ou litigar de igual para igual.

Com comportamento pautado na boa-fé e cooperação, as partes não tiram vantagem de possíveis posições mais favoráveis, exercendo seu legítimo direito de pleito e defesa processuais com respeito aos valores sociais maiores, sem prejudicar

⁵⁴ ALVES, Tatiana; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, vol. 15, p. 240-267, jan.-jul.. 2015.

⁵⁵ O Autor refere-se ao artigo 6º do Novo Código de Processo Civil.

⁵⁶ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

o direito alheio, cabendo ainda ao juiz o dever de conformar as condutas destoantes da ordem esperada, dentro dos limites da lealdade, honestidade e probidade.

Desta maneira, percebe-se que a junção entre tal comportamento promove a duração razoável do processo e efetividade do processo, compreendidas na resolução da lide em tempo razoável, com menor gasto possível, diminuindo o desgaste das partes e movimentando a máquina judiciária apenas nos casos de extrema necessidade, levando em consideração a complexidade da demanda, o comportamento das partes e a eficiência do Poder Judiciário.

2.1 A BOA-FÉ

A boa fé tem suas origens também na tradição do direito germânico de coibir comportamentos específicos em que o direito legítimo é utilizado de forma inadmissível⁵⁷.

Conforme Brunela Viera Vicenzi, verificadas na jurisprudência, algumas dessas “situações” são: (a) *exceptio doli* (exceção do contrato não cumprido); (b) *suppressio* (renúncia tácita a um direito pelo seu não exercício no tempo; (c) *dolo agit qui petit quod statim redditurus* (exercício de um direito sem um interesse próprio); (d) *venire contra factum proprium* (agir jurídico contraditório a atos praticados anteriormente, criadores de legítima confiança e expectativa); e (e) *tu quoque* (invocação de cláusula ou norma já violada pela própria parte)⁵⁸.

Cumprido ressaltar que os dois primeiros casos citados correspondem a exceções utilizadas para repelir conduta injusta daquele que age com má-fé, enquanto os três últimos, representam o agir jurídico inadmissível propriamente dito.

No direito brasileiro atual, a boa-fé, segundo alguns autores, entre eles Caio Mário da Silva Pereira, representa uma cláusula geral, aplicável aos mais variados institutos do direito civil – e processual civil – como exposto, cuja observância é devida,

⁵⁷VICENZI, Brunella Vieira de. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas, 2013. P. 157-177..

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

mesmo que não prevista expressamente, “desde que isso não importe em sacrifício de interesses legítimos próprios”.

Nessa lógica:

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Trata-se de cláusula geral de observância obrigatória, veiculada de conceito jurídico indeterminado, a ser concretizada segundo as peculiaridades de cada caso.

[...]

O seu conteúdo consiste, portanto, em padrões de conduta, que variam de acordo com a específica relação existente entre as partes.

De mesmo entendimento, Fredie Didier vai além, e defende a evolução desta cláusula geral do direito material civil para o direito processual civil, com base nos ensinamentos alemães. É concepção intrinsicamente ligada às teorias civilistas do abuso de direito e do exercício inadmissível das posições jurídicas, como comentado anteriormente no presente estudo.

É fácil perceber que o princípio de atuação com a boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso de direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre boa-fé processual objetiva e subjetiva.

Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé.⁵⁹ (grifo nosso).

O autor conclui que o princípio da boa-fé se consagrou no momento em que se prolongou alcançando não só o direito privado, mas também o direito público. No direito alemão, esse movimento está cristalizado no §242 do Código Civil Alemão, consagrando uma cláusula geral da boa-fé, aplicável às relações privadas e públicas.

⁵⁹DIDIER, Fredie. Editorial 45. Salvador, ago. 2008.

Destaca que, no Brasil, parte da doutrina e jurisprudência seguiu mesmo caminho, aplicando o princípio também no direito processual civil⁶⁰ e processual penal – este último, em julgamento do HC nº 92012/SP, no Supremo Tribunal Federal, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, em julho de 2008⁶¹, como forma de coibir comportamentos abusivos.

Consoante, consagra o artigo 5º do NCPD, à semelhança do antigo artigo 14, inciso II, do CPC de 1973, conferindo-lhe *status* de cláusula geral, aplicava ao processo como um todo, “é que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.”

Além disso, o princípio orientador da boa-fé aplica-se a todos aqueles integrantes de alguma forma do processo. O dogma do agir em boa-fé atinge não somente o processo em todas as duas fases e manifestações, mas também, todos aqueles que o integram, sendo parte ou não.

Segundo Fredie Didier, tal vinculação do Estado, na figura do Judiciário, palco para resolução da infinita maioria dos conflitos existentes na sociedade atual, é devido ao seu dever de agir de acordo com a boa-fé, preceituando condutas leais e de preservação da confiança. Limita-se não apenas as partes no exercício de suas funções jurisdicionais de provocação e impulso da máquina judiciária, mas também do próprio Estado, no manejo e solução das demandas.

Ressalta em seu Editorial 45 que são poucos aqueles autores brasileiros que se identificam com tal aspecto do princípio da boa-fé processual, entre os quais: Antônio do Passo Cabral, em “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva; e

⁶⁰ Autores expoentes nesse sentido: vide página 34

⁶¹ “Ementa. DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. **CRITÉRIOS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA.** ART. 181, § 1º, a LEP. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO. 1. **O art. 181, § 1º, a, da LEP, não exige que haja intimação por edital do condenado que participou de todo o processo, tratando-se de hipótese diversa do réu revel.** 2. Há tratamento diferenciado com base em elemento de *dicrimen* razoável no que tange às duas hipóteses previstas de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade. 3. Habeas corpus denegado.” (grifo nosso)

Daniel Mitidiero, em “Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo”.

No novo Código de Processo Civil, o termo “boa-fé” aparece em outros dois dispositivos: artigos 322, §2º, e 489, §3º, que consagram a função interpretativa do princípio, ora vinculando as partes e seus pedidos, ora amarrando o Estado-juiz, na atividade de desferimento de decisões, a seguir transcritos:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

[...]

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Destacam-se, também: artigo 80, IV (sobre recurso meramente protelatório), artigo 143, I (responsabilidade civil por perdas e danos do juiz que, no exercício das suas funções agir em fraude ou dolo), artigo 276 (proibição de alegar-se invalidade de ato cujo defeito a própria parte deu causa), artigo 311, I (caracterizado abuso de direito ou caráter protelatório na atuação do réu, o juiz pode conceder efeitos ou antecipação de tutela ao autor) e, por fim, artigo 1.000 (não poderá recorrer a parte que aceitar a decisão expressa ou tacitamente).

Restam, ainda, fundamentos constitucionais para a boa-fé objetiva, mesmo que não expressa. Nas palavras de Didier⁶², “a exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais”.

Em especial, ao artigo 3º, I, da Constituição brasileira, derivada do dever fundamental de solidariedade, que permeia toda a sociedade, de onde extrai-se os deveres de preservação da legítima expectativa e confiança e de agir com lealdade⁶³.

⁶² DIDIER, Fredie. Editorial 45. Salvador, ago. 2008.

⁶³ VICENZI, Brunella Vieira de. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas, 2013. P. 157-177, p.162.

O Editorial 45 de Didier cita ainda o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal)⁶⁴, direito à igualdade⁶⁵ e contraditório⁶⁶ – cujo estudo será retomado mais adiante.

Cabe destacar o entendimento da nossa suprema corte, Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento diz respeito ao princípio da boa-fé objetiva e o devido processo legal.

Este último, como protetor de outras garantias constitucionais relacionadas à efetividade dos processos jurisdicionais, preceitua que se deve atender não só às regras procedimentais previamente positivadas, mas também, a um espírito de *fair trial*, em que haja participação isonômica, equilibrada e justa entre as partes. Esse comportamento é devido não somente das partes, mas de todos os integrantes do processo, incluindo toda a máquina judiciária.

Na mesma oportunidade, o STF entendeu ser coronário para a retidão e legitimidade dos atos emanados nos processos judiciais e administrativo, o agir pautado pela boa-fé e lealdade, permitindo a efetivação e proteção de outros direitos individuais e coletivos.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Por fim, cumpre analisar outro aspecto da limitação que a boa-fé impõe ao exercício de posições lícitas, neste caso, dos atos processuais praticados pelas partes: a atuação pautada pela boa-fé, na compreensão do formalismo-valorativo,

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2005. P. 186 e segs.; NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. P.224-274 apud DIDIER, Fredie, Jr. Editorial 45, ago. 2008.

⁶⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”. Coimbra: Almedina. 2006. P. 51 apud DIDIER, Fredie, Jr. *Op. cit.*

⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Op. cit.* P.63.

concepção criada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁶⁷, busca tutelar valores maiores que o processo em seu sentido instrumental.

Essa corrente compreende que o formalismo é a forma dos ritos, a delimitação dos papéis e atuação da partes integrantes, coordenação e ordenação do procedimento, que funciona como uma cláusula de proteção, confere segurança e previsibilidade aos atos, assim como, tenta igualar as forças das partes, buscando a imparcialidade do procedimento.

[...] nesse sentido, a “forma” tem a tarefa de indicar ‘as fronteiras para o início e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para seu desenvolvimento’. [...] neste sentido, é a forma que impede que a realização do procedimento fique deixada ‘ao simples querer do juiz’ funcionando como uma ‘garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado’. O formalismo processual também serviria ao controle dos ‘eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si”.⁶⁸

Contudo, ao mesmo tempo que delimita os contornos formais e objetivos do procedimento, o formalismo não pode ater-se a si mesmo ignorando valores maiores da sociedade. Mostra-se necessária a adequação do formalismo à justiça, à realização material e aos valores constitucionais⁶⁹.

O formalismo-valorativo agrega, dessa maneira, uma dimensão finalística às regras formais do processo, que deve buscar dar efetividade e proteção a fundamentos sociais maiores, construídos historicamente e culturalmente⁷⁰.

Nesse sentido, Streck, citando conceitos retirados da obra de Carlos Alberto de Álvaro de Oliveira, dispõe que “o processo refletiria ‘toda uma cultura’, constituindo-se

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Ajuris 104/55 apud MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil é um princípio?”. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 213, ano 37, p. 13- 34, nov. 2012. P. 18-19.

⁶⁸ MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lênio. *Op. cit.*

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Op.cit. apud* MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lênio. *Op. cit.*

⁷⁰ *Ibidem*

na expressão ‘das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias’⁷¹.

Trazendo ao universo da boa-fé, em suma, o atendimento ao formalismo-valorativo significa a preservação de um ato, mesmo que desconforme às regras processuais formais, por estar imbuído do espírito da boa-fé, lealdade e probidade, em benefício das partes, cuidando deste que se revela um valor social maior, fundamentado em princípios constitucionais fundamentais e efetivador de garantias individuais e coletivas.

Conforme art. 282, *caput* e §1º, do novo Código de Processo Civil:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Nessa perspectiva, Fredie Didier arremata:

É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, **o processo para ser devido [...] precisa ser ético. Não se poderia aceitar como justo um processo pautado em comportamento desleais ou antiéticos.** (grifo nosso).⁷²

2.2 A COOPERAÇÃO E A CORRESPONSABILIDADE DAS PARTES.

Conforme já exposto, a cooperação pressupõe atuação proativa, ligada a deveres de esclarecimento, auxílio, consulta e prevenção que surgem em decorrência do princípio da boa-fé. Diferencia-se da boa-fé objetiva processual no sentido de que

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista da Ajuris 104/55 apud MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil é um princípio?”. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 213, ano 37, p. 13- 34, nov. 2012.

⁷² DIDIER, Fredie, Jr. Editorial 45, ago. 2008.

esta última exige, tão somente, a abstenção de atos que atrapalhem o correto andamento do processo.

A cooperação permite a construção da solução de conflito de forma positiva e participativa, com contribuição das partes para um desenvolvimento célere, efetivo, menos dispendioso e em prol da pacificação social.⁷³

2.2.1 CRÍTICA À COOPERAÇÃO PROCESSUAL

A aplicação – e até mesmo a existência – do princípio da cooperação no processo civil não é unanimidade na doutrina nacional. Cumpre destacar no presente trabalho a posição antagônica de Lenio Streck.

Uma das principais críticas do doutrinador reside no fato do princípio da cooperação atribuir a responsabilidade pelo andamento célere e justo do processo não somente ao Poder Judiciária, mas também, às partes.

Alguns autores⁷⁴ entendem que este é um dever apenas do Estado, extraído do art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, e o depósito de parte deste dever sobre as costas dos jurisdicionados seria o que chamam de “katchanga processual”⁷⁵ – algo impensável. Nesse sentido, entendem que o artigo 6º do novo Código de Processo Civil coloca partes e juiz no mesmo patamar de construção processual, quando, na verdade, estes não estariam.

Para Streck, os deveres/liberdade do juiz de limitar a atuação processual de determinada sujeito em nome da cooperação promove o protagonismo judicial, pautado na discricionariedade do juiz, criando um “álibi normativo cujo manejo avalizará a invasão da moral no direito, passaporte para o absolutismo e seu princípio epocal revelado pela vontade de poder.”

⁷³ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

⁷⁴ BARBA, Rafael Giorgio Dalla; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Aposta na bondade: A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Consultor Jurídico, dez. 2014.

⁷⁵ Ibidem

Não se nega utilidade social à cooperação nem se instiga aqui a litigiosidade. Mas, até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se torne também um contraditor? Acredita-se que as intervenções do juiz, até para que o devido processo legal permaneça incólume, devem se pautar pela discrição [...].

Ademais, para o autor, o artigo 6º do Código de Processo Civil, ao dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si” revela-se, no mínimo, ingênuo. Traz a concepção de Rousseau sobre o homem bom, comparando-a ao que, supostamente, aqueles defensores da cooperação *entre* as partes, esperam dos sujeitos processuais a partir no contexto cooperativo⁷⁶.

Acredita que a litigiosidade faz parte da natureza humana e exigir que as partes colaborem *entre* si em busca de uma verdade maior tira a liberdade de exercer o direito de defesa da forma que lhe bem aprouver, cerceando o direito de ampla defesa e de acesso à justiça.

Nesse sentido:

[...]no processo há verdadeiro *embate* (*luta, confronto, enfrentamento*), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim devem ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma “verdade superior”, mesmo que contrária aquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os em instrumento do juiz em busca da tão almejada “justiça”.

Por fim, argumenta que a cooperação, na concepção trazida principalmente por Daniel Mitidiero, não representa um princípio do direito. Veja, em seu entendimento, o princípio deve vir impregnado de caráter deontológico, “emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade, ou seja: os princípios são

⁷⁶ BARBA, Rafael Giorgio Dalla; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Aposta na bondade: A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Consultor Jurídico, dez. 2014.

vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade.”⁷⁷

Para o autor, a simples invocação de um “princípio” pelo legislador e doutrina não o torna um princípio, pois esta não estaria calcada na vivência e valores da sociedade.

2.2.2 A CRÍTICA DA CRÍTICA – A FEIÇÃO COOPERATIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

No artigo “Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck”, Daniel Mitidiero contrapõe as críticas ante mencionadas, defendendo a cooperação como um modelo de processo e um princípio do direito.

Mitidiero situa a cooperação como modelo que busca “dar feição ao formalismo do processo”⁷⁸, se desvincilhando do conceito puramente metodológico. Dessa forma, a cooperação age sobre a forma do processo dando contornos valorativos à função de suas partes integrantes: litigantes e juízes.

No que tange à base deontológica da cooperação, argumenta haver pressupostos culturais sociais, lógicos e éticos por de trás deste modelo processual.

Do ponto de vista social, a cooperação espelha o espírito de solidariedade que permeia a sociedade, no sentido de que somos um conjunto que deve trabalhar em colaboração em vista de benefício mútuo. Dessa maneira, o Estado deve promover ações que deem efetividade a essa máxima, inclusive, no que diz respeito ao processo.

⁷⁷ MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil é um princípio?”. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 213, ano 37, p. 13- 34, nov. 2012.

⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195, ano 36, p. 55-67, abr. 2011.

Quanto ao pressuposto lógico, o modelo de processos cooperativo permite a inversão da lógica apodítica, fundada em paradigmas universais, para a lógica dialética, com base na retórica e persuasão, revivendo a feição argumentativa do Direito.⁷⁹

Por último, no que diz respeito ao pressuposto ético, invoca o princípio da boa-fé, a busca pela verdade, além daquela conduta inspiradora de confiança livre de abusos do exercício de posições jurídicas lícitas.

Esses preceitos se aplicam também aos juízes que, sem prejuízo do dever de imparcialidade, devem conduzir o processo a essa forma de ser. Assim, o juiz desempenha dois papéis, um paritário, no momento do diálogo e outro assimétrico, no proferimento da decisão.

Ademais, confirma a cooperação como princípio no sentido de que este determina um “estado de coisas que tem que ser promovido”⁸⁰ e que conforma as normas processuais ao objetivo do processo justo e equilibrado.

Acerca do caráter litigioso do processo, dispõe:

As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade.⁸¹

O autor não defende uma cooperação entre as partes propriamente ditas como pode ser equivocadamente entendido a partir da leitura literal do artigo 6º do NCPC, mas sim, a colaboração das partes e do juiz com o bom andamento do processo, célere e justo. As partes não colaboram umas com as outras por haver interesses

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195, ano 36, p. 55-67, abr. 2011.

⁸⁰ Humberto Ávila apud MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*

⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*

distintos em jogo, sem prejuízo da participação dos sujeitos de forma equilibrada dando efetividade ao procedimento.⁸²

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a mediação traz nova feição ao que o presente trabalho vem estudando como princípio da cooperação, materializando a efetiva colaboração *entre* as partes, por meio de sessões de mediação e da retomada de diálogo interrompido pelo conflito latente.

No mesmo sentido, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Netto sustentem que as partes são ambas participantes de uma relação jurídica processual e, por tanto, devem agir em conjunto buscando o mesmo ideal, apesar da busca por resultados opostos, visto seus interesses conflitante, esclarecendo a existência de deveres e direitos entre autor e réu, de acordo com a teoria triangularista do processo.

Em conformidade, dispõe o artigo 8 do Código de Processo Civil:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ainda,

Deve-se ter em presente que obedecer ao princípio em comento não 'significa exigir ingenuamente que as partes ofereçam argumentos para que a outra parte triunfe' e sim que se deve 'evitar que a vitória venha através de malícia e fraude, espertezas, dolo, improbidade, embuste, artifícios, mentiras ou desonestidades'[...] ao mesmo tempo em que as partes defendem seus interesses (privados), o Estado procura alcançar um objetivo maior (público) que é o da pacificação social.⁸³

A contribuição ativa dos sujeitos processuais em prol de alcançar de forma menos custosa, em tempo razoável e justa o objetivo maior do processo, qual seja, a

⁸²DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015..

⁸³PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 56 apud SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, Theobaldo Spengler. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 230, ano 39, abr. 2014.

decisão que pacifique o conflito, mostra-se mais próxima dos valores preconizados pelo Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Daniel Mitidiero:

O princípio da colaboração tem assento firme no Estado Constitucional. Não há processo justo sem colaboração. A necessidade de participação que se encontra à base da democracia contemporânea assegura seu fundamento normativo.

O Estado Democrático de Direito, como já exposto, representa evolução da concepção de Estado no decorrer da história da humanidade, tendo superado os modelos do Estado Liberal e do Estado Social. No âmbito do direito processual, estas formas de organização refletem no modelo de processo adotado pela ordem jurídica⁸⁴.

O Estado Liberal é marcado pelo positivismo, preconização do indivíduo e rigidez das normas protetoras das pessoas contra o Estado. Assim, não há participação dos sujeitos – nem partes, nem juízes – na construção processual, pautada estritamente na “letra fria” das regras procedimentais.⁸⁵

Por sua vez, o Estado Social, apesar da busca pela efetivação de direitos coletivos e sociais, não aproximou os cidadãos ao processo e conferiu aos juízes elevado protagonismo. O direito passou a ser construído com bases fortes na jurisprudência, ponderação de princípios e protecionismo. As decisões, nesse modelo, mostram-se adaptáveis às diferentes realidades fáticas, conforme a especificidade do caso em concreto⁸⁶.

Com o advento do Estado Democrático de direito, norteados pela participação e representação políticas da população, surge a necessidade de transportar a atuação ativa dos cidadãos também para os procedimentos de resolução de conflito. Ademais, há a preocupação em efetivar direitos e princípios fundamentais constitucionais

⁸⁴ DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 04, n. 1, p. 245-277, 2011.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

inclusive através do processo judicial. Nesse contexto, a cooperação revela-se como pressuposto e balizador da conduta dos sujeitos.

Conforme explicita Humberto Dalla Bernardina de Pinto:

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito, pois, é pela busca de uma efetiva participação dos consociados na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução das lides (autocomposição, mediação, etc.).

Além disso, ressalta-se a aplicação do princípio, nos mesmo moldes, em outros países:

[...] o pensamento no sentido de se aplicar o princípio da cooperação, inclusive como importante cânone do Estado Constitucional democrático, é majoritário e pode ser percebido, inclusive em outras legislações, como na Alemã (1877), no Código de processo civil italiano (1942) e o código de processo civil Francês (1975), todos iniciados da mesma maneira, ou seja, enunciando princípios diretores do processo, ressaltando, dentre eles, o princípio da cooperação.

Com a mudança de paradigma, a responsabilidade pela pacificação dos conflitos, que no Estado Social paira exclusivamente na mão nos juízes, se desloca e passa a ser uma construção feita por toda a coletividade, seja por meios judiciais ou não-judiciais.⁸⁷

Outrossim, o autor ensina que “nesse modelo prega-se a adoção de um ‘procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade’”.⁸⁸ Por este ângulo, ocorre o deslocamento da responsabilidade pela busca da verdade na resolução dos conflitos.

⁸⁷ DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 04, n. 1, p. 245-277, 2011.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, vol. 6, n.6, p. 49-90, jul. dez. 2010.

Agora, as partes se veem envoltas em deveres de cooperação e boa-fé, que podem ser traduzidas, entre outros aspectos, pelo diálogo, comunicação clara e objetiva, busca pela verdade e comportamentos não protelatórios. Dessa maneira, constroem ativamente, ao lado do juiz, a fase cognitiva do processo judicial.

Por conseguinte, havendo a cooperação dos sujeitos envolvidos, desloca-se igualmente a coerência das decisões emanadas pelo judiciário que antes mantinha coligação apenas com o ordenamento⁸⁹. Deve-se observar além da validade jurídica, a coerência do conteúdo decisório com os aspectos trazidos pela efetiva participação da sociedade em relação ao caso concreto.

Salienta-se, contudo, que a participação dos cidadãos na construção do processo judicial limita-se à fase cognitiva, de munção do órgão julgador com conteúdo suficiente para decisão justa e efetiva, em tempo razoável. As partes, portanto, não participam da fase decisória, de monopólio estatal.⁹⁰

Verifica-se, no contexto de aplicação do princípio da cooperação, que ao direito não basta ser “apenas válido”, é preciso ser legítimo. São necessárias justificativas internas e externas ao ordenamento para fundamentar as decisões. Só assim, cumpre sua função sócio integradora, de pacificação social e instrumento da efetividade de direitos materiais e valores constitucionais, de maneira eficaz de composição dos conflitos.

2.2.3. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Superada a crítica feita por parte da doutrina ao princípio da cooperação, com destaque para os ensinamentos do professor Lenio Streck, passa-se a estudar como a cooperação exerce importante papel na efetividade de direitos e garantias constitucionais.

⁸⁹ Seja este ordenamento jurídico construído a partir da visão positivista ou jurisprudencial de direito.

⁹⁰ Novamente, há de se ressaltar os meios de autocomposição dos conflitos – em especial a mediação, em que as partes têm plena administração sobre os acordos, criando em conjunto, através do diálogo mediado por um terceiro imparcial e sem poder de deliberação, as decisões apaziguadoras do conflito.

Como já exposto, a partir da premissa constitucional normativista e integradora, na qual o ordenamento não pode ser visto isoladamente dos fundamentos e valores maiores consagrados na constituição, aspectos formadores do movimento neoconstitucional pós-positivista, no qual o Brasil se insere principalmente a partir da Constituição de 1988.

Na mesma perspectiva, o direito processual não se eximiu da absorção dos dogmas e preceitos fundamentais da Constituição na sua aplicação prática, caracterizando a fase neoconstitucionalista no Brasil, ainda mais forte após a aprovação do novo Código de Processo Civil em 2015.

Dessa forma, cumpre continuar analisando em quais contextos o princípio da cooperação processual se insere na ordem constitucional brasileira.

Já anteriormente mencionado, o princípio da razoável duração do processo, extraído do artigo 5º, LXXVIII da CRFB, abaixo transcrito, se relaciona diretamente à cooperação na medida em que se contrapõe a comportamentos protelatórios. Implica na conduta pautada pela boa-fé processual e lealdade, com deveres de esclarecimento, auxílio e prevenção.

“Artigo 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

Diferencia-se da celeridade – que de acordo com Fredie Didier nem mesmo figura como princípio⁹¹ – uma vez que não busca a rapidez processual desligada da realidade fática do caso, mas posiciona o tempo de duração do processo em relação a três fatores que devem ser levados em consideração: “a) a complexidade do

⁹¹ “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional (DIDIER, Fredie, Jr. Curso de Direito processual civil, 14. ed., vol. I, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 69 apud DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015.).

assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional.”⁹²

Além do mais, como já exposto, a cooperação pressupõe comportamento ativo das partes na construção da fase cognitiva do processo, assim “tendo as partes colaborando amplamente e auxiliando o juiz de maneira clara na formação de seu convencimento, buscando a elucidação dos pontos obscuros no decorrer do processo, acredita-se que o tempo total do processo possa ser menor, uma vez que a decisão ensejaria menor atividade recursal”.⁹³

A respeito da isonomia, a cooperação entre as partes e o juiz busca conferir equilíbrio à relação jurídica processual existente entre autor e réu, assegurando a igualdade entre eles. Deve-se entender, no entanto, que este dever do juiz de contribuir para um processo justo e igualitário deve ser dar de forma paritária, dialogando com as partes de maneira igual.

Sobre a relação da cooperação com o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I da CRFB):

[...] as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação de poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado.⁹⁴

Tal qual já abordado no presente estudo, a cooperação se conecta ainda ao princípio da solidariedade social, esculpido no art. 3º, inciso I, da CRFB. Esta, que pressupõe, em suma, comportamento em conjunto daqueles integrantes da sociedade em busca de um objetivo em comum. Na perspectiva de que somos um só corpo, o benefício de um agrega a todos.

⁹² DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015.

⁹³ Ibidem

⁹⁴ DIDIER, Fredie, Jr. Curso de Direito processual civil, 14. ed., vol. I, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 69 apud DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015.

Esta máxima é aplicada ao processo através da cooperação, na medida em que as partes devem agir em conjunto para alcançar o objetivo comum que é uma decisão justa, pacificadora e em tempo razoável, apesar dos interesses opostos.

Possível citar ainda o princípio da democracia e da cidadania, também já trabalhados no presente trabalho. Sendo ponto cardeal da democracia a participação e representação popular nas esferas de poder do Estado, fomentando a cidadania ativa da sociedade, a cooperação mostra-se como reflexo destes dois princípios no processo. O agir cooperativo pressupõe, de igual modo, proatividade, colaboração e corresponsabilidade sobre o bom andamento do processo entre seus sujeitos, partes e Estado-juiz.

No que tange o princípio do contraditório, compreende-se em breve análise que este se traduz no direito de participação e manifestação dos sujeitos no processo através da lógica dialética, influenciando seu andamento e decisões, contemplado no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Contudo, como já exposto, a é incorporada nesse contexto posto que essa participação deve ser conformada aos fundamentos da ordem constitucional, respeitando seus princípios e direitos fundamentais na persecução de seus fins esperados – justiça, pacificação social, duração razoável, solidariedade, dignidade da pessoa humana – o que acaba por gerar deveres mútuos entre as partes (aspecto já abordado neste trabalho).

Ao compreender ordenamento jurídico como um corpo integrado, em que tanto direito material quando o direito processual são instrumentos efetivadores da ordem constitucional, tem-se que estes só concretizarão de fato direitos e garantias coletivas e individuais quando envoltos nos valores máximos da Constituição.

O direito processual, cujas regras organizam e dão forma concreta ao processo, representa via pela qual é possível efetivar o princípio do acesso à justiça⁹⁵, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB. Nesse contexto, o processo só se mostra válido e

⁹⁵ Destaca-se a concepção de justiça alcançada através de meios alternativos de resolução de conflito extrajudiciais como a arbitragem, mediação e conciliação extrajudiciais.

legítimo quando envolto em valores máximos consagrados na Carta Magna, entre eles a solidariedade social, ampla defesa, contraditório, duração razoável do processo, isonomia, democracia e cidadania, arcabouço constitucional de onde deriva o princípio da cooperação.

Assim, o dever de cooperar com o judiciário faz parte da efetivação da ordem constitucional, sendo este dever de toda a sociedade, como explicita Antônio Cláudio da Costa Machado:

O dever de colaborar com o Poder Judiciário, esculpido nessa norma jurídica, corresponde a verdadeiro dever cívico [...]. Ninguém pode eximir-se de tal colaboração, porque a função jurisdicional é função estatal para realização da justiça e para o reequilíbrio das relações jurídicas, importando, assim, à própria sobrevivência da sociedade. ⁹⁶

2.3 OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DA BOA-FÉ OBJETIVA E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.

Se aplicado no processo judicial, culturalmente marcado pela litigiosidade e incompatibilidade de interesses, a cooperação já pressupõe diálogo entre as partes e o juiz⁹⁷, de onde derivam uma serie de deveres cooperativos, mais ainda esse fenômeno acontece na mediação.

Isto porque, frise-se, a mediação é método de resolução de conflito pautada na retomada de uma comunicação perdida, na abertura e manutenção de um canal de diálogo entre os mediandos, experiência que permite a “aproximação com o outro, criando um cenário de comunhão”.⁹⁸

⁹⁶ MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil interpretado, 9. ed. Barueri: Manole, 2010, p. 398 apud BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

⁹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, Theobaldo Spengler. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 230, ano 39, abr. 2014.

⁹⁸ RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. Revista Bonijuris, Curitiba, vol. 28, ano XXVIII, n. 3, p. 6-18, mar. 2016

Ressalta-se que o principal objetivo da mediação não é a celebração de acordo em si, mas a conscientização da necessidade de manutenção dos vínculos entre os sujeitos, a procura de um consenso criado por eles mesmos em conjunto. Assim sendo, a composição da divergência mostra-se muito mais legítima e adequada, principalmente para os próprios mediandos.

A mediação é um trabalho artesanal, que deve ser empreendido com base no diálogo e na cooperação entre as partes, de forma que por meio de tomadas de posição equânimes sejam preenchidas as lacunas existentes em suas relações, atingindo-se um consenso, ou, ao menos, um compromisso leal.⁹⁹

Apesar do acordo não figurar meta maior do processo de mediação, este representa consequência importantíssima e de fato efetivadora da pacificação entre as partes, uma vez que espelha a chegada ao consenso sobre a contenda em questão. Neste sentido, o artigo 166, §3º do NCPC prevê a possibilidade de aplicação de técnicas negociais a fim de criar ambiente favorável à mediação.

Oportuno atentar para o fato de que a celebração de um acordo pressupõe, na normalidade dos acontecimentos, um ambiente negocial saudável, ou seja, ordenado com base na confiança recíproca entre os agentes.

Como visto, a boa-fé e a cooperação são os princípios responsáveis pela criação desta legítima expectativa sobre a retidão e lisura dos comportamentos jurídicos, ao proporcionar cenário de previsibilidade dos atos praticados pelos sujeitos. São inúmeras as previsões protegendo a boa-fé e coibindo atitudes marcadas pela má-fé dos sujeitos – sendo assim, dispõe o artigo 2º da Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15): “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VIII - boa-fé.”

Dessa forma, tendo em vista existir essa feição também negocial, é natural que a boa-fé e os deveres de cooperação sejam observados no processo de mediação e

⁹⁹ DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 04, n. 1, p. 245-277, 2011. MORI, Amaury Haruo. *Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação*. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. P. 20-48.

das transações daí decorrentes, sendo certo que o artigo 113 do Código Civil prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé.¹⁰⁰

No estudo da boa-fé aplicada ao instituto da mediação, é possível observar que esta não se limita apenas ao processo das sessões de mediação ou à celebração do acordo que traz consenso à demanda. Mostra-se necessária a observância de deveres de lealdade e honestidade também no momento de execução do conteúdo acordado.

Assim preconiza o artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Ademais, o artigo 20 da Lei de Mediação:

O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Além disso, no ordenamento brasileiro, a não observância do princípio da boa-fé pode trazer inúmeras consequências, dependendo do contexto jurídico em que se insere.

O Código Civil, no artigo 187, considera ato ilícito aquele que exceda manifestamente os limites da boa-fé, sendo aplicável, no âmbito da mediação, aos mediando que assim pautarem suas condutas, causando danos a terceiros.¹⁰¹ Em mesmo sentido, mostra-se aplicável o artigo 186 em conjunto com o artigo 927 do CC/02 aos mediadores que no exercício da função atuarem de má-fé. Conclui-se que aquele cujo comportamento excede os padrões exigidos pela observância da boa-fé mostra-se passível de responsabilização civil.¹⁰²

¹⁰⁰ MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. P. 20-48.

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² Ibidem

No âmbito dos tribunais, o artigo 81 do NCPC prevê aplicação de multa, condenação ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados, honorários advocatícios e demais despesas que efetuou, àquele litigante de má-fé. Ademais, o artigo 142 dispõe: “convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.”¹⁰³

Percebe-se que a inspiração de confiança é elemento essencial na condução dos meios de autocomposição de litígios, seja pelo seu caráter dialético, de estreitamento da comunicação e retomada da relação preexistente, ou por seu aspecto negocial, na busca por um acordo entre os mediandos. Nesse sentido:

Vale ainda lembrar que a boa-fé é essencial na mediação; se um dos contendores não crê que o outro esteja imbuído de probidade e lealdade, dificilmente vai querer dedicar tempo e recursos para negociar com quem não merece confiança – e quem poderá critica-lo por isso?¹⁰⁴

¹⁰³ MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. P. 20-48.

¹⁰⁴ TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXIV, n. 123, p. 24-34, ago. 2014.

CAPÍTULO 3 – A AUDIÊNCIA INICIAL DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DO ARTIGO 334 DO NCPC.

Conforme exposto nos dois primeiros capítulos da presente monografia, a autonomia da vontade – ou autonomia privada – e a boa-fé, geradora de deveres de cooperação, são princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira, previstos na constituição, ora expressamente, ora implícito na efetividade de outros cânones constitucionais, bem como na legislação processual.

Ambos têm forte conexão com os métodos alternativos de resolução de controvérsia, com especial enfoque para a mediação de conflitos. No que tange a legislação afetada à mediação, estão presentes na Lei nº 13.140 de 2015, chamada Lei da Mediação; no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015; e na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e outras providências.

A autonomia da vontade aparece expressamente nos artigos 2º, V, da Lei da Mediação e 2º, II, do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, parte integrante da Resolução 125 do CNJ. Figura como princípio orientador e regra regente do método “para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido”.¹⁰⁵

Ademais, no novo Código de Processo Civil, encontra-se expressa no artigo 166, *caput* e §4º, da seção sobre os conciliadores e mediadores judiciais, sendo certo que a autonomia é respeitada inclusive relativamente às regras procedimentais da mediação.

A boa-fé encontra respaldo na Lei da Mediação em seu artigo 2º, VIII, tal como no artigo 5º do NCPC, de 2015, alçada ao status de norma fundamental do processo civil brasileiro. Importante ressaltar o caráter de cláusula geral do direito que é imposto

¹⁰⁵ Artigo 2º, *caput*, do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, da Resolução 125 do CNJ.

pela doutrina, ensejando sua aplicação nos diversos ramos e institutos jurídicos, entre os quais estão incluídos os métodos consensuais de conflito.

A cooperação, por sua vez, tem previsão expressa no artigo 6º do Código de Processo Civil, trazido como grande novidade do texto aprovado em março de 2015 e que entrou em vigor em 2016. Apesar do termo “cooperar” encontrar-se manifesto em apenas um artigo da legislação atinente à mediação, o princípio tem vasto arcabouço constitucional, extraído de outros princípios fundamentais do ordenamento brasileiro como a solidariedade e contraditório, e o modelo de Estado Democrático de Direito.

Como visto, a aplicação da cooperação no direito processual pressupõe conduta ativa e gera uma série de deveres direcionados às partes e aos juízes: deveres de auxílio, de esclarecimento, de prevenção, consulta, etc. Entre esses deveres, destaca-se o dever de comparecimento à audiência preliminar de conciliação e mediação do art. 334 do NCPC¹⁰⁶.

O novo Código de Processo Civil inclui ao procedimento comum das ações cíveis a audiência preliminar com objetivo de promover a composição consensual do conflito antes de movimentar a máquina judiciária em torno de um processo marcado pelo caráter contencioso e adversarial.

Dispõe o artigo 334 do CPC:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Assim, não sendo caso de rejeição liminar do pedido ou de impossibilidade de mediação devido à natureza do conflito (artigo 334, §4º e art. 3º, §2º do NCPC), o juiz deverá designar audiência para composição deste, note-se, antes mesmo da

¹⁰⁶ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

apresentação de contestação pela parte ré. Sendo a mediação ineficiente na busca por um acordo que coloque fim à controvérsia, passa-se então ao procedimento “convencional” litigioso.

Busca-se com tal previsão, que as partes consensualmente cooperem para solucionar o litígio, a favorecer a pacificação social do conflito, que não será resolvido por imposição do julgador, além de enaltecer o princípio constitucional da duração razoável do processo e contribuir para a diminuição dos custos do Judiciário.

Inclusive, o novo Código inova ainda ao trazer a obrigatoriedade da presença de um profissional capacitado para o manejo da audiência preliminar de modo a tornar mais proveitosa e eficaz a experiência da mediação – ou conciliação.

A questão que o presente trabalho busca analisar diz respeito à possibilidade de recusa das partes à audiência preliminar. O artigo 334, §4, I, do NCPC assenta a possibilidade de manifestação pelo desinteresse das partes, contudo, não dispõe maiores elucidações sobre essa hipótese.

O §5º do mesmo artigo, em conjunto com o artigo 319, VII, também do NCPC, impõe que, havendo desinteresse das partes, o autor deve manifestá-lo na petição inicial, enquanto o réu deverá fazê-lo por via de petição simples, até 10 dias antes da data designada pelo juiz.

Importante ressaltar que os meios consensuais de resolução de conflito ganharam destaque no Brasil num contexto de “explosão da litigiosidade”, fomentada pela “abundante normatividade, que de forma isolada não consegue prevenir a formação do conflito, resolvê-lo, e tampouco serve para dissuadir os destinatários a não infringi-la”.

Aliado a isso, há um cenário de resistência social à internalização da autocomposição, criando uma cultura demandista marcada pela concentração da tarefa de “fazer justiça” e efetivar direitos nas mãos do Poder Judiciário.

Essa realidade acaba por gerar uma crise de direito. Assoberba-se o Poder Judiciário acreditando que este teria o condão de dirimir todas as questões e conflitos

sociais, por mais banais que pareçam ser. O Estado, em especial o Poder Judiciário, adquire feição paternalista, infantilizando os cidadãos na medida em que esses não exercem seu direito de participação na composição de conflitos.

Revela-se necessária a tomada de consciência pela sociedade de sua capacidade de resolver as próprias demandas sem recorrer ao auxílio de um terceiro alheio ao conflito, “a cultura de que qualquer interesse contrariado deve ser submetido ao judiciário deve ser urgentemente modificada, pois a ação é um direito do jurisdicionado e não um dever.”¹⁰⁷

Deve-se compreender que o acesso à justiça não se limita ao ingresso no poder judiciário e à composição através de sentenças transitadas em julgado. Não necessariamente, ao receber uma demanda, o Poder Judiciário deva entregar uma sentença, “pode ser que o juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instancia conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica”.¹⁰⁸

O novo Código de Processo Civil, nesse ímpeto, traz os seguintes artigos: artigo 3º, §§ 2º e 3º, incumbe ao Estado promover os meios de solução consensuais de conflito, que deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público; art. 165, sobre a criação pelos tribunais de centros judiciários de solução consensual de conflito; artigo 334 e 695, sobre audiência preliminar no procedimento comum e no procedimento especial de família.

Nasce, desse modo, a expectativa de que com a promoção e incentivo dos meios consensuais de conflito, pautados na autodeterminação e cooperação das partes, a sociedade passe a adotá-los – estes funcionarão como antídoto para a crise, além de promover soluções mais adequadas e pacificadoras – e o acesso ao judiciário, aos poucos, ganharia status de cláusula de reserva, representando uma via de exceção.

109

¹⁰⁷PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao poder judiciário. Revista Unieducar: educação sem distancia [recurso eletrônico], 2012.

¹⁰⁸ Ibidem

¹⁰⁹ PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao poder judiciário. Revista Unieducar: educação sem distancia [recurso eletrônico], 2012.

Retorna-se, então, à questão anteriormente suscitada. O comparecimento à audiência preliminar de conciliação e mediação deve ser dever imposto sobre os jurisdicionados, sob as justificativas acima explicitadas? É possível, nesse caso, criar, uma espécie de “condição de procedibilidade, ou seja, nos casos determinados no texto legal, o uso da mediação deve necessariamente anteceder o exame judicial”¹¹⁰?. Essa realidade já é vivida em alguns países como Canadá¹¹¹, Argentina, Itália, e alguns estados dos EUA – Califórnia e Flórida¹¹².

Apesar dos esforços pela difusão dos meios alternativos na sociedade brasileira, prevalece na doutrina o entendimento de que a adoção de instância consensual obrigatória revelaria sério comprometimento dos princípios básicos da mediação, em especial da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade implica no reconhecimento do princípio da liberdade: com bases na autodeterminação, os participantes da mediação têm o poder de definir e protagonizar o encaminhamento da controvérsia, o que inclui desde a opção pela adoção do meio compositivo até a responsabilidade pelo resultado final.¹¹³

Como estudado, a mediação pressupõe autonomia e livre manifestação de vontade das partes para que estas se sintam confortáveis a engajarem-se no diálogo com a outra parte. “O consentimento para aderir à via consensual deve ser genuíno, assim como deve haver veracidade na concordância quanto ao resultado obtido a partir da mediação.”¹¹⁴

Em mesmo sentido, ensina Fredie Didier:

[...] não concordamos com a ideia de mediação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ ÁVILA, Elidete Matos. Mediação familiar: apresentação de um modelo canadense adaptado à realidade brasileira.

¹¹² PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Op. cit.*

¹¹³ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Fórum, vol.1, 2016, p. 77-91.

¹¹⁴ Ibidem

que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

A partir da interpretação literal desses dispositivos pode se depreender que a opção pelo comparecimento ou não à audiência cabe apenas à voluntariedade e à disposição das partes. Merece destaque o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno¹¹⁵, que entende suficiente a mera manifestação de desinteresse, sem necessidade de explicitar motivos.

Contudo, este é entendimento que não se mostra como o mais razoável. O atual modelo de Estado Democrático faz necessária a participação da sociedade como forma de legitimar os atos do Poder Público. Conforme já analisado anteriormente, no campo processual, isso significa a inserção do indivíduo como parte que constrói em conjunto com a outra parte e com o órgão julgador, um processo de solução de conflito em busca da pacificação, duração razoável, do respeito ao contraditório, buscando fins constitucionais maiores, seja pelo método consensual ou litigioso.

As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Nota-se no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargos, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição.¹¹⁶

Para compreensão melhor sobre a questão, é preciso atentar ao §8º do artigo 334 que, ao dispor sobre “não comparecimento injustificado”¹¹⁷, abre espaço para diferente entendimento sobre a recusa à audiência de mediação e conciliação. O mencionado dispositivo classifica a ausência injustificada como ato atentatório à

¹¹⁵ BUENO, Casio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo, 2015, p. 272 apud BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

¹¹⁶ CABRAL, Antônio de Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista Processo, São Paulo: RT, n. 126, 2005, p. 3 apud BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

¹¹⁷ Art. 334, §8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

justiça, sancionável com multa pecuniária de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, em favor do Estado.

De acordo com Rodrigo Costa Buarque e Adriano Sant'Ana Pedra¹¹⁸, o dever de motivar de maneira justa a recusa à audiência preliminar decorre do dever fundamental de cooperação com a justiça. O não comparecimento injustificado representa quebra desse dever, configurando ato atentatório à dignidade da justiça, sendo válida a aplicação de sanção pelo juiz.

Assim, os autores entendem que:

O comparecimento das partes à audiência preliminar, portanto, pode ser exigido judicialmente em hipótese em que as partes não apresentarem motivos para o suposto desinteresse na composição consensual, ou em hipótese em que as razões alegadas não sejam reconhecidas pelo julgador como empecilho à conciliação.¹¹⁹

De mesma compreensão, Daniel Mitidiero:

A propósito da obtenção da tutela jurisdicional, a cooperação também desempenha papel de relevo, na medida em que obriga a parte a colaborar com a pronta realização da decisão da causa, ainda que para tanto tenha que ser estimulada por multas coercitivas e, muitas vezes, ameaçada de sanções para, voluntariamente, observar a conduta dela esperada.¹²⁰

Não obstante a necessidade de justificar de maneira adequada o não atendimento à audiência, o princípio da autonomia não resta violado. Isso porque, ressalta-se novamente, o principal objetivo da mediação não se confunde com a celebração de acordo entre as partes. O comparecimento à audiência de conciliação e mediação não significa a realização de transação. Segundo Fernanda Tartuce:

Vale lembrar que o mediador não induz as pessoas a um acordo, mas facilita o diálogo para que elas possam encontrar formas proveitosas de relacionamento e equacionamento de controvérsias: sua atuação

¹¹⁸ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

¹¹⁹ *Ibidem*

¹²⁰ Daniel Mitidiero apud BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Op. cit.*

ocorre no sentido de promover a conversação para que os próprios indivíduos encontrem saídas para o conflito.¹²¹

Humberto Dalla Bernadina e Michele Paumgarten¹²² chamam atenção, ainda, à luz do princípio da cooperação, para a necessidade das partes comprovarem ao Juízo a tentativa de solução do conflito anteriormente ao ajuizamento da ação, como por exemplo, o envio de carta ou e-mail, reunião entre advogados, ligação à central de atendimento ao cliente da empresa, etc. Os autores trazem roupagem neoconstitucionalista ao interesse de agir, adequando-o às novas demandas do Estado Democrático de Direito.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Observa-se, portanto, que se limita a autonomia da vontade dos indivíduos em prol da estabilização do espírito cooperativo na sociedade, sobretudo no processo civil. As razões para a impossibilidade de autocomposição do conflito, quando apresentadas pelas partes, devem passar pelo crivo do juiz, que as acatará ou não, à luz dos princípios da cooperação, boa-fé, contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.¹²³

¹²¹ TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Fórum, vol.1, 2016, p. 77-91.

¹²² PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao poder judiciário. Revista Unieducar: educação sem distancia [recurso eletrônico], 2012. 4

¹²³ BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

CONCLUSÃO:

Constitucionalmente, o princípio da autonomia da vontade encontra abrigo expressamente, entre tantos outros, no artigo 3º, inciso I, que consagra a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como no artigo 5º, inciso II cuja disposição permite ao indivíduo realizar tudo aquilo que não defeso em lei.

Já os princípios da boa-fé e da cooperação, apesar de não explícitos na carta constitucional, podem ser extraídos a partir da compreensão de diversos outros ditames fundamentais como a solidariedade social, o acesso à justiça, o direito à razoável duração do processo, isonomia, cidadania, ampla defesa, contraditório e democracia – para citar aqueles abordados no presente trabalho.

A partir do estudo desses fundamentos da ordem jurídica brasileira, torna-se perceptível a estreita ligação entre a mediação e a efetividade de princípios constitucionais corolários à manutenção da democracia, contraditório e acesos à justiça.

No que tange às implicações práticas dos princípios estudados, analisando o recorte da disposição do artigo 334 do NCPC, é possível notar que, ao mesmo tempo que se fundamentam e se complementam, autonomia da vontade e boa-fé se limitam no exercício de legítimas posições jurídicas.

Conclui-se que, em respeito ao princípio da autonomia da vontade e do direito de autorregulação do indivíduo, a possibilidade de imposição dos métodos consensuais de resolução de demandas, através de uma audiência preliminar obrigatória, é afastada pela majoritária doutrina brasileira.

Apesar disso, em observância aos deveres de cooperação extraídos principalmente dos princípios da boa-fé e da solidariedade social, é preciso que as partes motivem de maneira adequada a impossibilidade de realização da audiência, demonstrando razão justa para a recusa à autocomposição.

Por fim, após longa jornada de estudo e pesquisa sobre tema, chego à conclusão de que a mediação – e outras formas de autocomposição – representam uma grande oportunidade à sociedade de se tornar melhor. Melhorar no sentido de se permitir ouvir o outro e ouvir a si mesmo; expor seus interesses e desejos de modo a persuadir, e não impor um modo de pensar.

O abandono do paradigma adversarial, retratado em alguns trabalhos de forma, talvez, ingênua, mostra-se o grande desafio dos profissionais do direito. Sobretudo daqueles afetados à atividade advocatícia, cuja missão é adequar as estratégias negociais aos novos moldes, bem como, convencer seus clientes – sem perdê-los – sobre a adoção de métodos consensuais, onde a outra parte não é “o inimigo”, e o Estado não entrega soluções prontas, sendo ambos dignos de condutas pautadas na cooperação e boa-fé.

Mostra-se necessária a adequação da formação acadêmica e profissional dos operadores do direito, familiarizando-os aos conceitos e estratégias negociais da autocomposição dos conflitos. Parece-me ser este um movimento que deve acontecer de dentro para fora: de dentro do Poder Judiciário, do “mundo jurídico”, para a realidade fática da sociedade, no intuito de aproximar as pessoas dessa outra forma de encarar os conflitos e impasses sociais.

A mediação, respeitado sua essência, representa maneira muito mais humana e cuidadosa de compor problemas e encontrar soluções, uma vez que feita pelas próprias partes e para as próprias partes, restabelecendo relações, vínculos afetivos e reforçando as bases de um canal de comunicação que outrora viu-se interrompido.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, TANIA. Pilares Teóricos da Mediação de Conflitos. Nova Perspectiva Sistêmica, Rio de Janeiro, n. 40, p. 68-82, ago. 2011.

ALVES, Mariza Santos Pereira. A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2007.

ALVES, Tatiana; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, vol. 15, p. 240-267, jan.-jul.. 2015.

ARAUJO, Marta do Socorro Sousa de. Solidariedade social: as ponderações de Émile Durkheim. In: Revista de políticas públicas, v. 9, n. 2. São Luiz do Maranhã, p. 51-70. jul.-dez. 2015.

ÁVILA, Eliedite Matos. Mediação familiar: apresentação de um modelo canadense adaptado à realidade brasileira. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/166.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Aposta na bondade: A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Consultor Jurídico, dez. 2014. Disponível em:
<<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso: 12 out. 2017.

BARBOSA, Águida Arruda; TARTUCE, Fernanda. Princípios e Técnicas – Mediação Interdisciplinar e Conciliação. In: Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família, 1. ed., Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010. P. 77-99.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso: 07 out. 2017.

BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A recusa das partes à audiência preliminar no novo código de processo civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, vol.72, p. 112-123, maio- jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 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, Brasília, DF, nov. 2010. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso: 07 out. 2017.

DIDIER, Fredie. Editorial 45. Salvador, ago. 2008. Disponível em:
<<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso: 14 out. 2017.

DIDIER, Fredie, Jr. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em 15 out. 2017.

DINELLI, Giovana Bovo; SOUZA, Alina Beatriz. O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica das Faculdades Integradas Claretianas, 2015.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Mediação da alienação parental: A Psicanálise no Judiciário. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DURÇO, Karol Araújo; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 04, n. 1, p. 245-277, 2011.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A mediação familiar sob um viés prático: das noções elementares às etapas executadas. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, ano 63, n. 454, p. 35-42, ago. 2015.

GOMIDE, Raphael. Mediação é ganha-ganha. FÓRUM: Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 47, ano 17, p. 28-32, jan.-mar. 2017.

GONÇALVES, Jessica Almeida. Princípios da mediação de conflitos civis. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 157, fev. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18517>. Acesso: 13 out. 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Carta de Princípios, Valores e Diretrizes orientadores da Mediação interdisciplinar do Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2013. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/imagens_up/CARTA%20DE%20PRINC%C3%8DPIOS_.pdf>

LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 85-111, jul.-set. 2010.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195, ano 36, p. 55-67, abr. 2011.

MORI, Amaury Haruo. Princípios Gerais Aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. Relatório (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007. P. 20-48. Disponível em:

<<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1608509>>. Acesso em: 10 out. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges; STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil é um princípio?”. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 213, ano 37, p. 13- 34, nov. 2012.

PAUMGARTTEN, Michele; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao poder judiciário. Revista Unieducar: educação sem distancia [recurso eletrônico], 2012. Disponível em: www.unieducar.org.br. Acesso em 10 out. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed., vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, vol. 6, n.6, p. 49-90, jul. dez. 2010.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. *Revista Bonijuris*, Curitiba, vol. 28, ano XXVIII, n. 3, p. 6-18, mar. 2016

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: *Mediação de conflitos*, 1. ed., São Paulo: Atlas, 2013. P. 161-179.

SILVEIRA, Thayana Pessoa da. Resolução 125 do CNJ como mecanismo facilitador na solução de litígios. *Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*, 1. ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 215-229.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETTO, Theobaldo Spengler. A boa-fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dos conflitos judiciais. *São Paulo: Revista dos Tribunais*, vol. 230, ano 39, abr. 2014.

TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum, vol.1, 2016, p. 77-91.

TARTUCE, Fernanda. Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 123, p. 24-34, ago. 2014.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 258, ano 41, p. 495-515, ago. 2016.

VICENZI, Brunella Vieira de. Modelos de prevenção e repressão às condutas desleais no processo civil contemporâneo. In: *A boa-fé no processo civil*, São Paulo: Atlas, 2013. P. 121-142.

VICENZI, Brunela Vieira de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo Civil. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46/2015, p. 197 – 208, jul-set., 2015

VICENZI, Brunella Vieira de. A solução da cláusula geral da boa-fé. In: A boa-fé no processo civil, São Paulo: Atlas, 2013. P. 157-177.