

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 2
Abril/junho – 2011

Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas
Consultor Legislativo do Senado Federal

Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação

Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves

Sumário

1. Introdução. 2. Interlocução dialógica da Constituição Federal, do Código Civil e do Projeto de Novo Código de Processo Civil. 3. A leitura da autonomia da vontade por meio das lentes constitucionais. 4. Da mudança do papel do Estado na resolução de conflitos: a relevância da conciliação e da mediação na contemporaneidade. 5. Conclusão.

1. Introdução

O intento codificador abre as portas para investigar possibilidades hermenêuticas de estatutos de base da instância jurídica, historicamente contextualizada.

A primeira década do século XXI tem vivenciado mudanças profundas no Direito, cujo fundamento se encontra, em grande medida, na evolução do pensamento estampada na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema prelecionava Carmem Lucia Silveira Ramos (RAMOS, 2000, p. 15):

“Neste contexto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente – tendo em vista que estas garantias, como regra, não se tornaram efetivas no cotidiano do cidadão e na operacionalização do direito –, a pressões sociais na busca de mecanismos ca-

Luiz Edson Fachin é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

Marcos Alberto Rocha Gonçalves é Advogado; graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo (PUC-SP); professor de direito processual civil da Faculdade Dom Bosco, Curitiba – PR.

pazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial os excluídos.”

No âmbito do Direito Privado, mais especialmente na seara do Direito Civil, a matriz constitucional inaugurada em 1988, construída com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, propiciou a resignificação dos conceitos tendo como norte o substrato constitucional.

Marca indissociável do novo paradigma constitucional é a repersonalização do Direito, uma clara ruptura com o fetichismo das titularidades absolutas. A tutela dos direitos fundamentais, próprios do *ser* e não do *ter*, tornou-se, ao menos no plano do *dever ser*, o paradigma da ordem constitucional.

Essa reordenação não se verificou apenas no plano do Direito Civil. Ao revés, a atomização dos âmbitos de atuação do Direito foi substituída pela sistematização tendo como fundamento de validade o atendimento da ordem constitucional.

Assim é que se relativiza, ao menos no plano ideal, a abstração científica e estéril entre o Direito Civil (Direito Material, portanto) e o Direito Processual. Seguem, por evidente, como disciplinas autônomas e ramos próprios do estudo, porém não podem existir, por si e para si, desconectadas da função que exercem, como integrantes da ordem jurídica, em relação à sociedade a que se destina.

Nesta singra, a edição de um projeto de novo Código de Processo Civil não poderia, como de fato não o fez, dissociar-se da missão constitucional. O Direito Processual, imprescindível para a concretização dos princípios constitucionais, não se afirma de costas à evolução vivenciada no âmbito do Direito Civil, mas sim acompanha e compartilha a função de garantir uma sociedade justa e solidária¹.

¹ É o que se verifica no primeiro parágrafo da “Exposição de Motivos” do projeto de Novo Código de Processo Civil: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a

Neste sentido, o presente artigo deliberadamente parte, como corte metodológico necessário, do art. 134, §1º, do Projeto de Novo Código de Processo Civil para analisar, entre os possíveis aspectos de conexão entre a norma constitucional, o Código Civil e o Código de Processo Civil, a fixação da autonomia da vontade como princípio informador da conciliação.

Como bem expôs Eric Hobsbawn (HOBSBAWN, 1998), ainda que em outro campo do saber, acerca das dificuldades de contar a *história do tempo presente*, este escrito presta-se, antes de apontar certezas e prever as consequências reservadas ao futuro, a apontar as inquietações que o *tempo presente* não nos permite desde já responder, mas que pode contribuir com a melhor compreensão do direito e da sociedade na qual vivemos.

2. Interlocução dialógica da Constituição Federal, do Código Civil e do Projeto de Novo Código de Processo Civil

A ordem jurídica brasileira é, como se sabe, estruturada a partir da carga principiológica e axiológica que emerge da Constituição Federal. Mais do que uma carta de princípios abstratos e estéreis, o texto constitucional é dotado de densidade que impõe a aplicação direta dos princípios e normas nele contido.

Neste sistema, prestam-se as normas infraconstitucionais a cumprir a função designada pela ordem constitucional, vale dizer, estão os âmbitos de atuação do direito direta e estritamente vinculados aos mandamentos constitucionais.

Trata-se de decorrência do advento do Estado Social, que traz consigo o repensar do Direito, seja ele material ou instrumental. Tem-se, por um lado, no âmbito do Direito Civil, o rompimento com o modelo

realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.”

liberal patrimonialista, em favor do interesse social e coletivo e da sobrevalência da dignidade da pessoa humana.

No ramo Processual, por outro lado, vivencia-se o afastamento do abstracionismo próprio das ciências cartesianas em favor do alinhamento ao caráter funcional destinado às ciências que estudam o Direito como conhecimento humano e social.

Rompendo com o caráter de mero catálogo autônomo e isolado de regras procedimentais, o Direito Processual passa a integrar o conjunto de ferramentas para o cumprimento da função social do Direito.

Assim como o Direito Civil constitucionalizado, o Direito Processual volta-se à realização dos direitos fundamentais, sendo para isso informado e alimentado em sua concretização pelo mesmo paradigma que atua no ramo material do Direito Privado.

A compreensão de que tanto o Direito Civil como o Direito Processual Civil estão vinculados e submetidos plenamente à norma constitucional pode ser observada pela rápida análise, a título exemplificativo, de um dos princípios comuns expressamente dispostos nas codificações Civil e Processual: trata-se do princípio da boa-fé objetiva.

Instrumento presente expressamente no Código Civil (destacando-se, especialmente, no art. 113), a boa-fé objetiva fixa um padrão de conduta destinada a todas as relações intersubjetivas relevantes ao direito.

Tem-se na boa-fé objetiva uma verdadeira norma geral de direito, conectada ao princípio constitucional da solidariedade e postulado da proteção à dignidade da pessoa humana.

O agir com boa-fé, a partir da interpretação constitucional do Código Civil, passou a ser não mais apenas o aspecto subjetivo, exclusivo do sujeito, mas a imposição de um *standard* de comportamento que se espelha no *outro* presente na relação jurídica, o critério de confiança e lealdade, solidarizando-se, assim, as relações.

O agir segundo a boa-fé objetiva é, nesta singra, forma imperativa de atuação

jurídica, representando o agir de modo contrário o descumprimento da matriz constitucional.

No plano do Direito Processual Civil, não há como dar interpretação diversa ao mesmo princípio. Positivada no art. 14, inciso II, do ainda vigente Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973) e reproduzida no art. 66, inciso II, do Projeto de Novo Código de Processo Civil, a boa-fé figura como cláusula geral a reger todo o ramo instrumental do Direito.

Trata-se, neste âmbito do ordenamento jurídico, de padrão que regula o acesso à justiça, garantindo que todos os envolvidos na prestação jurisdicional colaborem com a concretização das normas e, por consequência, do ordenamento constitucional.

Destarte, tanto em um quanto em outro aspecto do direito (Direito Civil e Direito Processual), a boa-fé representa a fixação, a partir da norma constitucional, de um fio condutor das relações humanas, mediadas ou não pelo Estado-juiz, para o atingimento concreto de justiça social.

Percebe-se, assim, sem maiores dificuldades, que é da Constituição que emanam os princípios gestores do ordenamento jurídico e que tais princípios atuam transversalmente e de forma colaborativa em todos os ramos do Direito.

Mas não é só a partir da absorção dos princípios constitucionais que o Direito Civil e o Direito Processual Civil se aproximam. Como se buscará demonstrar adiante, muito mais que a “cotitularidade” de princípios e normas gerais, ambos os ramos do Direito apresentam-se sistematicamente conectados e informados pela Constituição Federal, vivificando múltiplas dimensões de uma mesma realidade.

3. A leitura da autonomia da vontade por meio das lentes constitucionais

Conforme já se esboçou acima, o paradigma constitucional conduziu no Direito Civil uma ressignificação estrutural,

ou ao menos uma reordenação de seus pressupostos. O ordenamento jurídico infraconstitucional se fundamenta e se interpreta validamente a partir da norma constitucional, com a função instrumental de concretização dos princípios gestores e direitos fundamentais.

O tratamento do Direito Privado, e em especial do Direito Civil, a partir e à luz da norma constitucional traz consigo, nesta perspectiva, a ressignificação de conceitos antes tidos como imutáveis e absolutos.

Embora o espaço e o propósito do presente artigo não permita a análise aprofundada acerca da estrutura do Direito Civil que foi tocada pela Constituição, é certo que a forma pela qual se coloca no mundo das ideias o *tríplice vértice fundante* das relações privadas (as relações familiares, o trânsito jurídico e a apropriação dos bens) se modifica.

Inserido nesse amplo espaço de análise, parece interessante tratar, vez que relacionado a ponto interessante do projeto de novo código de Processo Civil, do conceito de autonomia da vontade.

Elemento fundamental do Direito Privado, a criação liberal da autonomia privada prestou-se a legitimar uma das bases do pensamento jurídico oitocentista (do qual emanou o Código Civil de 1916, revogado pela lei 10.406 de 2002).

A vontade soberana das partes, no pensamento liberal individualista exacerbado, regia todo o desenvolvimento das relações privadas, levando ao extremo a concepção de liberdade como espaço da ausência plena de intervenção do Estado.

A norma legal e o direito possuíam, neste influxo, caráter estrutural, destinado a garantir que a vontade dos sujeitos fosse materializada em uma relação jurídica tendente à perpetuidade. Tratava-se da centralidade do *pacta sunt servanda*, atomizando as relações intersubjetivas sob a justificativa da igualdade (compreendida em seu aspecto formal).

Referido modelo clássico da autonomia privada, com o advento do Estado Social,

não mais reunia condições de tutelar os interesses elegíveis como nucleares na atuação do direito.

Em nosso ordenamento, a Constituição Federal, ao inaugurar – ao menos formalmente – a concepção solidarista de Direito, revelou a crise da autonomia privada e produziu o fundamento para a superação do modelo clássico individualista.

Em outra oportunidade, escrevemos (FACHIN, 2000, p. 18):

“Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social.
(...)

Para definitivamente superar o século XIX, não basta apenas ultrapassar a formulação clássica do contrato como ‘expressão perfeita da vontade’. A crise não é apenas de modelo do pensamento jurídico, e nem é apenas um incidente no legado teórico.”

A liberdade, princípio gestor das relações sociais, não mais pode significar, na ordem constitucional vigente, o espaço da ausência de responsabilidade. Ao revés, o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem constitucional.²

O direito contemporâneo é, nestes termos, funcionalizado, como o são as relações por ele reguladas. A expressão da vontade individual, assim, não pode servir apenas aos interesses do sujeito desconectado da

² Advertência necessária, neste ponto, emerge das letras de Carlos Eduardo Pianovski: “É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela insuficiência para dar conta da substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva” (PIANOVSKI, 2011, p. 129).

sociedade na qual se insere, mas, ao contrário, deve atender e respeitar o programa funcional e principiológico estampado na Constituição Federal.

Enquanto na concepção liberal a atuação da ordem jurídica nas relações subjetivas visava à garantia do interesse individual patrimonializado (representado, em especial, pelo conceito de propriedade privada como direito absoluto), o modelo social de Estado impõe aos negócios jurídicos a observância da proteção e concretização da dignidade da pessoa humana.

É a este respeito categórica a afirmação de José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 1994, p. 15): “Em toda a sociedade deve haver uma solidariedade que implique que a atuação de cada um tenha reflexos positivos na ordem global.”

Assim, a autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição.

É nesta perspectiva que se insere a relação entre autonomia da vontade e meios alternativos para resolução de conflitos, conforme adiante se apresenta.

4. Da mudança do papel do Estado na resolução de conflitos: a relevância da conciliação e da mediação na contemporaneidade

Se por um lado a forma pela qual a compreensão acerca da autonomia da vontade se modificou ao longo da evolução do Direito, atracando, na contemporaneidade, no critério de funcionalização dos negócios jurídicos, também a resolução dos conflitos ganha novas perspectivas e funcionalidades.

Isso porque, na sociedade contemporânea, marcada pela pluralidade e pela diversidade, a imposição de uma decisão,

pelo Estado-juiz, nem sempre representa o fim do conflito.

A aproximação dos sujeitos e a busca comum para a resolução de um litígio representa, dessa maneira, alternativa para a realização efetiva da justiça ao caso concreto.

Vale dizer: as práticas não adversariais de solução de controvérsias representam a transposição da cultura do litígio para a cultura da recomposição dos interesses.

O ideal constitucional de sociedade, fundada na liberdade e na igualdade material, na solidariedade e no acesso de todos aos direitos fundamentais, não se alinha, por sua essência, com a prática conflituosa.

Em uma sociedade complexa, com interesses multifacetados e díspares, a existência de conflitos de interesses é inevitável. A solução destes conflitos, a seu turno, norteada pela aglutinação dos interesses em torno do bem comum e da realização concreta da justiça social, não deve possuir um único meio de realização.

Se, para determinadas hipóteses, a atuação do Estado-juiz faz-se necessária para garantir se não a pacificação, ao menos a salvaguarda de direitos, há hipóteses que o império da jurisdição apenas põe fim à demanda, restando presente insolúvel o conflito de interesses anunciado.

Para tais hipóteses, é preciso que se viabilizem mecanismos sistematicamente ordenados para que a um só tempo pacifique o conflito e concretize a ordem constitucional de forma integrativa.

A proposta apresentada no projeto de novo Código Civil, como se expõe quando trata da mediação e da conciliação, busca atender este desígnio, reconhecendo a tríplice base fundante da resolução dos conflitos: Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil.

Para uma sociedade que busca, segundo o critério constitucional, a realização da igualdade material e a justiça distributiva, é coerente a disponibilização, como forma de resolução de conflitos jurídicos, a auto-composição entre as partes.

Neste aspecto, o projeto de novo Código de Processo Civil inova ao apresentar, em seu art. 134, §1º, a seguinte regra:

“Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

§1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.”

Distintamente da arbitragem, a conciliação e a mediação sempre foram tratadas como mecanismos subalternos, resignados a hipóteses de menor importância jurídica e social. Sua função mostrou-se, contudo e especialmente ao longo da última década, fundamental para garantir o acesso à justiça e, principalmente, a resolução efetiva dos conflitos.

Tem-se na conciliação e na mediação, como já se afirmou, a participação ativa e determinante dos sujeitos envolvidos no litígio. O processo decisório, nestas hipóteses, tem como base a construção dialógica do consenso, trazendo a lume a concretização dos interesses compostos.

Não se trata, pois, de certo e errado, pretensão provida ou improvida. Trata-se, isto sim, de suprimento, pelo Estado, de mecanismos úteis para que a vontade constitucionalmente fundamentada dos envolvidos em um litígio subsista de maneira composta.

Neste aspecto, resta evidente a preocupação e o acerto do projeto de novo Código de Processo Civil em definir como um dos critérios fundantes da conciliação e da mediação a autonomia da vontade, a ser apreendida na seara dos direitos patrimoniais disponíveis.

No sentido daquilo que antes se expôs, trata-se de introduzir no mecanismo processual categoria própria do Direito Civil, resignificada contemporaneamente a partir da irradiação constitucional.

O Direito Processual Civil admite, pois, a evolução havida no Direito Material e usufrui desta construção evolutiva para fundamentar sua própria estruturação.

O princípio da realização efetiva e célere da justiça, fio condutor do projeto de novo Código de Processo Civil, torna imprescindível que os elementos edificantes do Direito Material, especialmente aqueles que pertinentes à realização do mandamento constitucional sejam conjugados, trazidos a figurar no âmbito processual com toda a carga axiológica já produzida pelo estudo do Direito Material.

No campo da conciliação e da mediação, a introdução da autonomia da vontade como fundamento remete, necessariamente, a toda a teoria crítica do Direito Civil, contextualizada com a realidade contemporânea das necessidades e pretensões sociais quanto aos critérios de justiça.

A inovação do projeto de novo Código de Processo Civil é, assim, atenta à evolução das categorias jurídicas e compõe o mosaico que, na diversidade, forma uma unidade hermenêutica.

5. Conclusão

O Direito contemporâneo não assiste passivo à passagem do tempo. As mudanças sociais vivenciadas na segunda metade do século XX, em especial a ascensão do Estado Social, levaram a uma nova compreensão da função do sistema jurídico.

No Brasil, a arquitetura constitucional vigente a partir de 1988 alinhou o ordenamento político, econômico e jurídico à proteção dos direitos fundamentais, pretendendo assim garantir uma sociedade na qual o *ter* não possa suplantar o *ser*.

À ciência que estuda o Direito, nesta perspectiva, importa não a criação abstrata do pensamento técnico e, sim, a estruturação da função das categorias jurídicas na tutela da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios dela decorrentes.

Pensar o Direito Material não é mais pensar a norma em abstrato, o Direito estampado em uma lei qualquer perdida no tempo e desconectada da realidade.

Tratar do Direito Processual não pode mais ser visto como elaborar mecanismos coerentes com o ambiente interno do Processo e avesso às necessárias conexões com a ordem constitucional e o Direito Material.

O projeto de novo Código de Processo Civil, se incapaz de esgotar a construção crítica do pensamento criador do Direito (vez que não é nem deve ser esse o papel de uma codificação, seja em qual ramo do direito for), atento às demandas sociais contemporâneas, não se furta à contribuição exigida do direito processual à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Nesta seara, evidencia-se do Código projetado a abertura necessária às construções teóricas dos demais sistemas normativos, em especial do Código Civil, para a concretização do fundamento de validade imposto a partir da Constituição.

Exemplo dessa trama entre Direito Processual e Direito Material, iluminados pela norma constitucional, pode ser observado com a introdução, no projeto de Código de Processo Civil, da conciliação e da mediação extrajudiciais informadas por categorias construídas e desenvolvidas no âmbito de atuação do Código Civil.

Sendo estes meios de resolução de conflitos inerentes à atuação dos interesses privados, a menção da autonomia da vontade como fundamento da mediação deve ser interpretada a partir de resignificação desta categoria já construída no âmbito do Direito Civil, conectando processo e Direito Material no ambiente constitucional.

A releitura constitucional do autoregulamento do campo jurídico destinado aos interesses interprivados encontra assento nas possibilidades hermenêuticas do projeto do novo Código de Processo Civil. Impende não mitigá-las.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução à teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HOBBSBAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2000. p. 29-30.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.