

A AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO PROCESSO CIVIL¹

THE CONCILIATION ATTEMPT HEARING IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Lázaro Alves Martins Júnior²

Resumo

O novo Código de Processo Civil brasileiro incrementa, sob o aspecto formal, a tentativa de conciliação, trazendo em seu bojo inovações que condensam os diversos instrumentos de resolução de conflitos sem a necessidade de prestação jurisdicional revestida com a tutela impositiva do direito, todavia, existem antinomias e uma fricção com relação a isonomia entre as partes, carecendo de uma interpretação que estabeleça os exatos limites desta fase.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Conciliação. Antinomia. Interpretação.

Abstract

The new Brazilian code of civil procedure increases, in the formal aspect, the conciliation attempt as its text brings innovations that condenses the various instruments of conflict resolution without the need of sentencing or imposing the law. However, there antinomies and frictions in respect to equality between the parties, lacking an interpretation to establish the exact limits of this phase.

Keywords: New Code of civil procedure. Conciliation. Antinomie. Interpretation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Meios de solução de conflitos. 3. Petição inicial. A opção pela audiência de conciliação é pressuposto processual? 4. Posição tópica da audiência de conciliação. Quebra da paridade de armas. 5. O terceiro e a audiência de conciliação. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil em seu lumiar de vigência, apesar das sintomáticas controvérsias, inaugura e alia, dentre outras inovações, um robustecimento sistematizado dos instrumentos alternativos de solução de conflitos

¹ Artigo submetido em 08/01/2016, pareceres de análise em 18/10/2016, 30/10/2016 e 04/11/2016, aprovação comunicada em 04/11/2016.

² Juiz de direito da 1ª Vara da Comarca de Ceres, Goiás; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO; Doutorando em Direito Constitucional pela FADISP-SP. E-mail: <mag.lamjunior@tjgo.jus.br>.

em seu bojo, dentre eles a conciliação, sem expurgar do mundo jurídico a legislação especial. Este marco legislativo traz para o arcabouço jurídico nacional, unido ao sistema de precedentes com inspiração no *common law*, uma seara fértil para que as lides sejam solucionadas em fases pré-judiciais, nos moldes em que assistimos implementados em países mais desenvolvidos.

A previsibilidade do direito, eventualmente engessado com o decorrer do tempo, imprimindo destaque às técnicas interpretativas consubstanciadas nos institutos do *distinguishing* e *overruling*, facultará às partes e advogados mensurarem os efetivos danos da ação judicial e dispensá-la, formulando convenções válidas que poderão desafogar a estrutura estatal de funcionamento da justiça.

Evidentemente teremos que superar questões culturais, interesses de classes e pontos de fricção no procedimento, todavia, é um caminho a ser trilhado com o natural lapidar perene e perseverante que faça ruir os obstáculos vaticinados que dimanam aspectos bastante tangíveis.

Este estudo tratará da natureza jurídica da audiência de *tentativa* de conciliação desde a sua alusão na petição inicial, sua posição tópica no procedimento que, aparentemente, alquebra a paridade entre as partes criando um direito *potestativo* para o réu, e a figura do *terceiro* que poderá ser inserido em momento posterior a realização da audiência no feito sem que se possa falar no abalo de sua faculdade de exigí-la, ou seja, a preclusão processual, quando observados os princípios que norteiam o futuro digesto procedimental, que se diz harmônico com a Constituição Federal, em especial invocando a sua leitura em termos magnos, se valendo, quando necessário, do escólio de doutrinadores *praxistas*.

Não há desatenção ao fato de que tratamos de meras perspectivas interpretativas diante do predomínio da *teoria da norma*, onde o texto legal é apenas o ponto de partida para o intérprete materializar o direito, a *norma válida*, o que se infere será uma constante diante das beligerâncias textuais, ou antinomias, internas que pululam no texto promulgado, já alvo de alterações pelo Congresso Nacional.

2 MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

De forma simplista é demasiada difundida a ideia de que o Estado, este ente nunca suficientemente explicado³ e por alguns execrado⁴, diante de sua força coercitiva que submete e coage a vontade humana, sepultando a autotutela que remanesceu positivada de forma excepcional, *v.g.*, nas ações possessórias, avocou para si o *munus* e o *poder* de dizer o direito com o desiderato de pacificação social. Esta dicção do direito pelo Estado se dá através da atividade legislativa e póstuma aplicação da lei.

O estudo aprofundado da história acompanhando a evolução do direito é libertador e faz ver, como acima pincelado, que o exercício do poder pelo Estado pautado em um direito é, antes de tudo, um ato de coerção, de submissão da população ao Estado que, forçosamente, se vê dominado por um *poder de fato*, seja político, religioso ou financeiro, fenecendo assim a imagem de um Estado delineado unicamente para o bem estar social.

Entrementes, o fato é que este monopólio estatal sempre se mostrou controvertido e atacado, e como não poderia ser diferente, também defendido sob o pálio da necessidade de organização social um supedâneo que carece de especial tirocínio para ser repellido diante da imanente natureza humana que carrega consigo o *temor*, o que tornou a sociedade gregária. Um dos motivos para a controvérsia é o natural dissenso social pela contraposição de interesses. Não se chega a um consenso absoluto, quando muito se tem um consenso potencial que não assegura um direito absolutamente justo sob todos os crivos subjetivos. Outro motivo, hodierno, é o fato de que os direitos, em antanho meras garantias de proteção perante o Estado, ganharam novas e múltiplas dimensões e normalmente se fazem valer pelo exercício da pretensão de uma parte em face de outra, gerando a multiplicação dos conflitos e, em regra, os Estados se mostram insuficientemente preparados para desempenhar esta função de forma primorosa a partir da ingente formação de lides, acentuando-se estas pela atuação despidoradamente nociva quanto à competência e tenacidade legítima do Estado em reconhecer os direitos e cumprir o seu dever, sendo este, sem dúvida e paradoxalmente, em suas variadas esferas provindas do federalismo descentralizado, o maior litigante do país.

³ Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Weber...

⁴ Nietzsche.

No Brasil estimam-se cem milhões de processos tramitando, e deste acima da metade deste montante envolvem como litigantes entes estatais. É um país em processo letárgico de desenvolvimento, sempre emergente, e, como dito acima, a recente descoberta dos *novos* direitos e exegeses que os sufragam, que se desapegam dos primevos, já vetustos, sendo toda pessoa humana dotada da prerrogativa de invocar direitos a partir de possuir, conforme dispôs e definiu Nader (1987, p. 348) em sua obra de introdução ao direito, “personalidade jurídica, atributo essencial ao ser humano, é a aptidão para possuir direitos e deveres, que a ordem jurídica reconhece a todas as pessoas”, gera a hipertrofia da estrutura judicial.

Claramente o sistema judicial estatal brasileiro não consegue dar vazão a demanda pela via clássica que carece inequivocamente do pronunciamento judicial. Isso se dá pelos mais variados motivos. Nesse sentido preconiza Amorim (2009, p. 13):

O resultado é que os conflitos aumentam conforme também se agiganta a própria sociedade, em uma velocidade que o aparato Estatal não consegue acompanhar, via das deficiências na própria condução administrativa do Estado, redução das verbas e falta de interesse político em equiparar a máquina judiciária.

Destarte, ao longo da história do direito foram desenvolvidos diversos instrumentos alternativos para solucionar as lides formadas no corpo social. Lenza (2000, p. 141), magistrado sempre empenhado no movimento conciliatório salientou que:

A grande preocupação do moderno Judiciário brasileiro é a de encontrar fontes alternativas de jurisdição, uma vez que ele próprio reconhece que os serviços jurisdicionais não estão correspondendo aos anseios dos que postulam suas questões na justiça de nosso país.

É mister ressaltar que esta busca pelos novos instrumentos de solução de litígios não se vê restrita aos países subdesenvolvidos, embora a agudez da carência de institutos eficazes nestes se mostre mais acentuada. Sá (1998, p. 15) alude a este espraiar mundial dos instrumentos para solução de conflitos diversos da jurisdição tradicional jungida ao magistrado:

Assim é que, tanto nos países que adotam o sistema de *civil law* quanto naqueles de tradição de *common law*, buscam-se mecanismos que resultem

na obtenção de uma justiça que produza resultados mais efetivos em menor lapso de tempo, deixando aos interessados a opção pela forma judicial ou extrajudicial de resolução de seus litígios.

A conciliação, em sua essência, permite dissipar o dissenso que é um sentimento muitas vezes remanescente no íntimo da pessoa quando da submissão das partes ao entendimento proferido pelo Estado-Juiz através da sentença. O instrumento da conciliação como pacificador social tem matiz tão importante que foi visto como inafastável por parte da doutrina a luz dos contornos imprimidos pelo texto codificado em outrora que davam supedâneo a este raciocínio. Wambier (2002, p. 81) apresentou o seguinte escol:

1. A tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento constitui incidente de ocorrência obrigatória, sob pena de nulidade, inclusive quando se haja realizado sem êxito a audiência de conciliação (art. 331, na redação da Lei nº 8.952).

Sem dúvidas a conciliação é o mais primitivo instrumento de solução de conflitos, anterior ao Estado e sua organização burocrática e legal, tanto que sobreviveu a expansão da judicialização dos conflitos como instituto no seio dos procedimentos processuais e se mostra vigoroso até hoje. A cogência desta fase na seara judicial, embora discutível, tem algumas vantagens endógenas, quando bem estruturada, a partir de características que a diferem da atividade jurisdicional impulsionada por seu órgão natural, o que com lapidar tirocínio é apontado por Lenza (2000, p. 153):

O conciliador exerce um papel de relevo nesse mister, porque pode exortar as partes a uma conciliação, esclarecendo-as sobre os inconvenientes de uma demanda judicial, com relação a gastos, tempo e desconfortos, inerentes à lide. Normalmente o conciliador atinge bons resultados, conduzindo as partes desavindas a uma composição, porque no contato com elas pode oferecer determinadas orientações que seriam defesas ao juiz, sob pena de implicação de pré-julgamento.

Impende constatar que a conciliação tem relevante *papel pacificador* na acepção literal da palavra, não padecendo da renitente couraça sofista que empresta esta definição à solução da lide por meio da sentença de resolução do mérito. Tourinho Neto (2005, p. 218), condensa este raciocínio em sua obra nestas palavras:

...já tivemos oportunidade de dizer, em outras palavras, que a composição amigável é a melhor forma de solucionar conflitos jurídicos e sociológicos, a medida que a sentença de mérito de procedência ou improcedência do pedido põe termo apenas à lide no plano do direito, não extinguindo, necessariamente, o litígio dos contendores na órbita social, onde reside a efetiva pacificação.

Com raízes na conciliação, nasceram institutos que foram adequados a situações específicas, mas, com cerne na pacificação social buscando extirpar a belicosidade entre partes de quaisquer espécies.

A mediação tem o objetivo de, conhecidas as partes e os problemas pelo mediador, figura esta que pode ser escolhida pelos contendores, aquele proporá a melhor solução sem caráter impositivo, mas, sim, conciliatório.

Adentrando a arbitragem, as partes acolhem ou escolhem um árbitro que terá função próxima a da jurisdição judicial impondo o resultado àquele sucumbente no procedimento. No Brasil temos a regulamentação expressa na Lei nº 9.307 de 1996, que recebeu reforço e inter-relação com o novo código de processo civil, embora padeça de aceitação plena diante de problemas conjunturais de nossa sociedade, conquanto, sem dúvida, se apresente como mais um instrumento que se propõe a auxiliar o Estado na função de solucionar litígios. Lenza (2000, p. 148, 149) apresenta contornos gerais dos institutos da mediação e arbitragem:

A mediação se presta tanto às soluções dos conflitos de Direito Privado quanto às de Direito Público Internacional, cuja solução é sugerida e não imposta pelo mediador às partes. A mediação tem nítida diferenças da arbitragem porque, após assinada a cláusula compromissória ou instituído o compromisso arbitral, ela se torna compulsória.

A mediação assemelha-se à arbitragem, pela interveniência de terceiro na solução do conflito de interesses. Contudo, diferem entre si, já que na mediação o terceiro interfere com o escopo único da tentativa de conciliação das partes, sem qualquer decisão de mérito. Na arbitragem há decisão de mérito, proferida pelo terceiro, quando lavra a sentença arbitral.

Constata-se, sob este contexto, que historicamente as sociedades, com algum grau de civilização, mesmo que ainda rudimentar, buscavam formas de solução dos conflitos e o primeiro nível de interlocução para isso foi a conciliação. Esta não obtida eclode a lide e com ela novos instrumentos foram criados, através do direito com a escolha de julgadores para a “pacificação” social evitando a supremacia da violência ou força.

Houve a instituição do monopólio estatal da força, da coerção. Tornando-se insuficiente o Estado monopolizador do pronunciamento do direito para as demandas que se potencializaram hodiernamente, institutos que tem como gênese a conciliação foram realçados e buscam apresentar-se como meios suficientemente legítimos e viáveis para dirimir os conflitos em fórmulas menos angustas e acutiladoras que as judiciais, ressaltando que estes novos meios não representam uma privatização do direito ou desconfiguração das funções típicas dos Poderes formatadas por Montesquieu, frise-se, para funcionamento harmônico e integrado e não estanque como indevidamente se vê afirmado por alguns deturpadores dos ensinamentos daquele mestre.

O novo Código de Processo Civil tem uma faceta elogiável ao dotar a legislação brasileira de recursos suficientes para a maior disseminação e melhor funcionamento dos meios alternativos de dissipação de perlongas através da conciliação, mediação e arbitragem, possibilitando ainda a condensação e consolidação de entendimentos ao longo do tempo nas esferas derradeiras judiciais que vincularão as inferiores, favorecendo, após um período de maturação, o incremento da utilização de meios extrajudiciais de finalização de conflitos diante da previsibilidade do resultado do processo.

3 PETIÇÃO INICIAL. A OPÇÃO PELA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO É PRESSUPOSTO PROCESSUAL?

O artigo 282 do atual Código de Processo Civil elenca de forma taxativa quais são os requisitos da petição inicial. Se não atendidos e não implementada a correção à peça prefacial do processo, esta será indeferida. É claro o prescrito no artigo 284, *caput*, e seu parágrafo único.

Theodoro Júnior (2003, p. 322) destaca que “do exame da inicial, ou do não cumprimento da diligência saneadora de suas deficiências pelo autor, pode o juiz ser levado a proferir uma decisão de caráter negativo, que é o indeferimento da inicial.” Câmara, no mesmo diapasão afirma que “Sanado o vício, a petição inicial encontrar-se-á apta a permitir o regular desenvolvimento do processo. Decorrido o prazo sem que o vício seja sanado, deverá o juiz indeferir liminarmente a petição inicial” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 314). Didier Júnior (2013, p. 470), um dos

engenheiros do novo código de processo civil expõe em sua obra que “A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação”.

Parece ser incontestado o entendimento doutrinário, tanto o clássico quanto o contemporâneo, acerca da obrigatoriedade de preenchimento dos requisitos impostos pela lei no que tange a construção da exordial.

O novo código de processo civil instituiu no artigo 319, em seu inciso VII o requisito da inicial com o seguinte teor “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”. Da mesma forma, elaticendo o prazo vigente, em dias úteis, o que diga-se de passagem não parece consentâneo com a declamada celeridade processual, esta uma propaganda insidiosa divulgada inconsequentemente, o novo código permite o sanear do vício sob a mesma sanção de indeferimento da inicial ainda vigente, conforme o artigo 321 e seu parágrafo único. Nesta mesma esteira o §5º do artigo 334 alude à obrigatoriedade do autor, caso não queira a audiência de conciliação, manifestar-se expressamente.

É necessário ressaltar que a atuação lépida do legislador durante os trabalhos de elaboração do código, sob o influxo de uma plêiade de interessados sob os mais diversos motivos na promulgação da nova Lei, promoveu uma guinada sensível no texto do digesto instrumental em curto espaço de tempo e diversas antinomias vicejaram no código. A princípio o código somente abandonaria a obrigatória fase de conciliação se as duas partes se manifestassem assim expressamente. Em razão disso restou no texto final o inciso I do §4º do artigo 334 que conflita com seu §5º e com o inciso VII do artigo 319, e ainda com o inciso II do artigo 335.

A leitura acurada destas antinomias promovendo o seu acendramento interpretativo, indica que o autor na peça inaugural deve optar pela realização ou não da audiência de conciliação. Caso o autor opte pela sua realização, o réu poderá, até dez dias anteriores à mesma, protocolar a rejeição a sua realização, momento em que inicia o prazo para apresentar sua contestação.

Mas nesse ponto reside cizânia. Nesta fase de prognósticos e elucubrações sobre a interpretação do vindouro processo civil há quem defenda que a ausência do requisito do inciso VII na petição inicial faz presumir que o autor concorda com a

designação de audiência de conciliação, pois, esta interpretação promovida pelo condutor do feito estaria alinhada com os princípios instituídos pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º, fortalecendo a atividade de resolução consensual dos conflitos, o que é um dos baluartes da nova legislação.

Mas, parece não ser bem assim. Se buscarmos analogicamente institutos que tratam da manifestação da vontade, o artigo 111 do Código Civil dispensa a manifestação do agente, presumindo a anuência com o seu silêncio quando as circunstâncias o indiquem e não exista exigência de declaração expressa. Ora, o artigo 319, VII do novo código de processo civil exige que o autor indique expressamente seu interesse ou não na realização da audiência de conciliação. Não há indicação de que não havendo manifestação presume-se a opção pelo ato processual.

É certo ainda que a remessa de todas as ações que ingressam diariamente para audiências de conciliação prévia, claramente sem estrutura existente para esta missão, significará um novo passo procedimental que empecerá açodar o processo e pode não ser interessante ao autor. Inclusive, como veremos, quebra-lhe a paridade de tratamento diante do que foi previsto para o réu.

A leitura do § 5º do artigo 334 com a depuração do texto não corrigido na versão final do inciso II do artigo 335 deixa extreme de dúvidas que a interpretação criada por parte da doutrina traz para o réu um *direito potestativo*. O autor pode manifestar na inicial que deseja a audiência de conciliação ou mediação e o réu, unilateralmente, pode rejeitá-la e, independente de qualquer manifestação judicial chancelando esta intenção, pois, por força do dispositivo legal inicia-se o curso do lapso temporal para a contestação a partir da manifestação do réu devidamente protocolada. Em suma, o ato para conciliação não se realizará. De outro norte, se o autor manifestar o desinteresse, o réu poderá insistir na realização por força dos princípios já mencionados e insculpidos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do novo código que estão sendo erigidos ao patamar de *postulados* ou *cogentes*. Há uma boa possibilidade do julgador comungar com a necessidade de designação da audiência neste caso.

Dessarte, se o autor nada manifestar e for presumido pelo julgador o seu interesse na audiência de conciliação, fica ao alvedrio exclusivo do réu se haverá ou não a audiência. Se o autor informar que não a quer, o réu ainda poderá insistir em

sua realização, o que não deixa de ser uma quebra de paridade no tratamento das partes dentro do processo.

Nesse contexto, fica evidente que a pretensão de presumir a intenção do autor de passar pela audiência de conciliação quando não cumpra o requisito do inciso VII do artigo 319 deve ser repelida, pois, além de ignorar o comando expresso e claro da lei, salienta uma posição processual superior do réu. Portanto, não preenchendo a petição inicial todos os requisitos exigidos na Lei, deverá o condutor do feito determinar a emenda da inicial, valendo-se do artigo 321 e seu parágrafo único.

Tem-se, assim, que o inciso VII do artigo 319 é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, de ordem objetiva, consubstanciando item para que a petição se assevere apta para que ecloda e gere a formação hígida da ação, não se tornando anacrônica a interpretação consolidada na doutrina até aqui.

4 POSIÇÃO TÓPICA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. QUEBRA DA PARIDADE DE ARMAS

Desimportando a nomenclatura aplicada à audiência de conciliação, que parece indicar que o acordo entre as partes se efetivará, quando na verdade se tenta a conciliação entre elas, parecendo mais razoável chamá-la de *audiência de tentativa de conciliação*, o fato é que o momento processual é desfavorável ao autor diante da regulamentação que o novo código de processo civil propõe.

Não é segredo para os operadores do direito que a audiência de conciliação é comezinha e indispensável – em tese - no âmbito dos juizados especiais cíveis e naquele ambiente judicial ela se dá de forma antecedente a apresentação da contestação, entretanto, também é amplamente sabido que nesta esfera o direito material discutido é singelo por natureza e vedação legal expressa na Lei nº 9099, de 1995.

Impossível negar que a parte que se apresenta para a audiência de conciliação sabendo de antemão o que o autor tem em seu favor guarda para si uma vantagem. Cedição dos operadores do direito, já que previsto em lei, que é requisito

da inicial nos atuais artigos 282, VI, 283 e 396 do código de processo civil, equivalentes e sem grandes alterações no código que está em seu porvir aos artigos 319, 320 e 434 respectivamente, que o autor deve fazer acompanhar na inicial as provas documentais contemporâneas e indispensáveis para a propositura da ação e indicar na peça a atividade probatória que pretende no feito, embora a explicitação precisa possa vir em momento póstumo. Esse prévio conhecimento do réu parece alquebrar o *princípio da paridade de armas* ou da *igualdade processual* definida por Didier Júnior (2013, p. 69) nestes termos “Os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta”.

Infere-se assim, que a audiência de conciliação no procedimento comum onde as causas tratam muitas das vezes de assuntos sensíveis e complexos, deveria vir após a apresentação da contestação como é previsto no código de processo civil em vigor no artigo 331 *caput*, pois, as partes podem aferir exatamente sua situação processual e melhor mensurar o desenvolvimento do feito e seu resultado, estando mais sensíveis a um acordo.

Esta distorção fica mais aguda com a eventual possibilidade de uma nova audiência de conciliação a partir da inserção de terceiros através da reconvenção, por exemplo, já que estas partes trazidas ao processo devem ter as mesmas oportunidades de se defender e produzir provas e, portanto, em tese, fazem jus a participarem de uma audiência de conciliação.

Aparentemente o autor sofreu uma perda no que tange a isonomia de posição processual com o novo código de processo civil, abalo que poderá atingir similarmente e em conjunto o réu em situações em que se admita a posterior intervenção de terceiros.

5 O TERCEIRO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

O novo código de processo civil manteve a inserção de terceiros na lide pelas variadas formas já existentes, ampliando-as, embora algumas assim não sejam nomeadas apesar de sua natureza jurídica semelhante.

O terceiro é normalmente, em linhas gerais, descrito pela doutrina como alguém que não sendo parte, sofre os efeitos materiais do processo. Diversas compilações trazem em linhas mais ou menos próximas esta definição (MARTINS JÚNIOR, 2015, p. 94).

Tratando da sucessão das partes e procuradores prevista nos artigos 108 a 110 do novo código, o que não é reconhecido topicamente e juridicamente como uma intervenção de terceiro na acepção purista do instituto, versarão os artigos acerca das situações onde há alteração do proprietário da coisa litigiosa, do litigante, ou ainda do procurador da parte, tudo de forma muito semelhante ao disposto no atual digesto instrumental. Não obstante, não há como negar que adentra ao feito uma nova personagem que está submetida, como preconiza Queiroz (2003, p. 227), aos efeitos do comando judicial nestes termos “Quem é terceiro não é parte na relação jurídica processual, mas pode se ligar a esta em face de uma relação jurídica material, pelo que poderá ser atingido direta ou indiretamente pela sentença”.

A título da intervenção de terceiros propriamente dito, temos devidamente regulados no diploma instrumental que se avizinha a adentrar em vigor, a Assistência nas espécies simples e litisconsorcial entre os artigos 119 a 124; a Denúnciação da Lide, que foi sensivelmente aprimorada, nos artigos 125 a 129; o Chamamento ao Processo regulamentado nos artigos 130 a 132; a salutar inovação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, inclusive inversa, nos artigos 133 a 137; e o *Amicus Curiae* no artigo 138.

A intervenção de terceiros é definida por Wambier nos seguintes termos (2002, p. 249):

Num primeiro momento, poder-se-ia genericamente afirmar que *terceiro* é um contra-conceito, isto é, é terceiro todo aquele que não for parte. Intuitivamente, já se percebe que dentre todos esses terceiros deve haver importantíssimas discriminações, em função de sua ligação ou proximidade para com o litígio em relação ao qual são terceiros. Pode-se falar em terceiros desinteressados – e a esses a lei não fornece caminho algum para que possam intervir em processo alheio, instrumentando-lhe com os embargos de terceiro, para que possam justamene dizer que não podem ser atingidos por que nada têm que ver com o processo – em terceiros interessados de fato – cujo interesse é meramente econômico, moral ou espiritual, mas não jurídico – e em terceiros que podem intervir e se tornar partes.

Câmara traz escólio que robustece esta definição do instituto (2009, p. 168):

Assim é que, conhecido o conceito de terceiro, pode-se definir a *intervenção de terceiro* como o ingresso, num processo, de quem não é parte. Justifica-se a existência das diversas modalidades de intervenção de terceiros pelo fato de o processo poder produzir efeitos sobre a esfera jurídica de interesses de pessoas estranhas à relação processual.

A Reconvencção, que agora tem cariz expressamente autônoma e está prevista no artigo 343 do novo código de processo civil, em seus parágrafos 3º e 4º, admite a inserção de terceiro em qualquer dos polos, ampliando a expansão dos limites objetivos e subjetivos da lide.

Esta maior abrangência da reconvenção já era defendida por Didier Júnior (2013, p. 557) no atual código de processo civil, e tendo sido este jurista um dos revisores do novo digesto, assevera-se natural que tenha sido recepcionado este entendimento. Vejamos:

Possibilidade de ampliação subjetiva do processo (“reconvenção subjetivamente ampliativa”).

É possível, no entanto, defender a ampliação subjetiva do processo pela via da reconvenção, se ela impuser litisconsórcio do autor e um terceiro e se tratar de demanda conexa com a ação principal (art. 103 do CPC), o que redundaria, de qualquer modo, na reunião das causas para julgamento simultâneo (art. 105 do CPC). Assim, a inadmissibilidade da reconvenção é medida inútil, pois acaso o réu propusesse ação autônoma, em razão da conexão, a reunião dos feitos no mesmo juízo se impunha.

Câmara (2009, p. 328) externa em seus estudos o mesmo entendimento afirmando que “A possibilidade de oferecer esta reconvenção subjetivamente mais ampla é totalmente amparada pelo princípio da economia processual, o qual se encontra à base dos institutos da reconvenção e do litisconsórcio”.

Sem dúvidas a leitura atenta do novo código de processo civil vai revelar que o mesmo é a condensação de pensamentos sufragados na doutrina mais abalizada e na jurisprudência, e que acabam por refletir na repisada e sempre prestigiada, por mais que seja combatida, positivação do direito, vetor principal da *segurança jurídica* tão cara para os empreendedores. Neste ponto, a reconvenção não foi tratada diferentemente, ficando superados posicionamentos de outros juristas mais conservadores (DONIZETTI, 2007, p. 268; THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 356).

Evidentemente, a inserção do terceiro, a que título for, seja pelos institutos tradicionais ou ainda pelos assemelhados, traz à tona fatos processuais que carecem de análise. A partir do momento que o texto legal traz os seguintes elementos orientadores da atividade exegética no artigo 3º em seus parágrafos segundo “§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e terceiro “§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, verdadeiros comandos cogentes em prol da conciliação, sem utilizar o termo parte que poderia gerar conflito com o instituto terceiro e careceria da interpretação com base na teoria da norma legal partindo do texto ainda não lapidado, torna-se plenamente possível afirmar que qualquer pessoa, física ou jurídica, que venha a ser inserido no feito, a qualquer título, poderá invocar a tentativa de conciliação em audiência.

O sucessor no domínio ou na posição processual, embora não se trate em lindes mais estreitas exatamente de *terceiro* sob a regulamentação do código, não teria, diante destes comandos legais interpretativos, o direito de tentar a conciliação? A pacificação advém, em muito, do elemento volitivo, subjetivo. Portanto, ressaí altaneira a tese de que alterada a parte há nova hipótese de tentativa de consenso, pois novos interesses subjacentes a lide entram no campo processual.

Já com relação ao terceiro propriamente dito e assim elencado no código, que se insere e tem relação jurídica com o feito, evidentemente este pela inarredável obrigação prevista no código de que se assegure a isonomia processual, deve ter o direito de tentar a conciliação em audiência.

Nota-se assim, que há a franca possibilidade não só de audiências de conciliação em sessões múltiplas conforme previsto no novo código para as partes originárias, mas, também, novas audiências para os terceiros que se vêm inseridos postumamente na lide, sob pena de sonegar a estas um direito estimulado e positivado como norteador da nova legislação instrumental.

Embora mais complexo este entendimento, em geral as petições de inserção do terceiro buscam arrimo e tem matiz semelhante à exordial, devendo, portanto, contar também com a manifestação acerca da intenção ou não da audiência de conciliação, recebendo tratamento similar ao das partes originárias, inclusive, a possibilidade de recusa expressa.

6 CONCLUSÃO

O legislador brasileiro é movido por diversas fricções advindas do corpo social, em especial da atividade política e do *poder de fato*. Certo é que não prima pela coerência de forma absoluta. Interesses, sem dúvidas, estiveram em jogo em todo o trabalho preparatório deste novo digesto. A rapidez de trâmite quando comparado a outros projetos de igual envergadura e a profunda alteração do projeto original, e em especial deste, já revisado, para o texto final, produziu algumas situações que são claros indicadores do açodamento completamente desapegado da técnica ou de qualquer interesse juridicamente nobre.

Legisla-se sem preocupação com o fático, sem ouvir verdadeiramente os *praxistas*.

O mote de código que trará rapidez, celeridade, se perde nos diversos pontos de exercício do contraditório e de manifestação obrigatória e prévia das partes. No mesmo diapasão a audiência de conciliação, sem estrutura adequada para dar vazão instantânea ao provável número de interessados em sua realização, ou mesmo a adoção como passo obrigatório pelos magistrados, será um novo ponto no processo que pode torná-lo substancialmente mais moroso. Isso exigirá uma lapidação que deve tornar o Judiciário mais pesado financeiramente para o Estado, criando novas figuras processuais a título de auxiliares da justiça, muito possivelmente para se inserir bacharéis em direito no mercado de trabalho em tempos de profusão de neófitos profissionais oriundos de cursos de direito com qualidade propedêutica severamente preocupante e que já não conseguem se inserir em um mercado extremamente disputado, em especial nas regiões menos desenvolvidas economicamente que contam com a predominância na área da educação superior dos cursos jurídicos, com o fito claramente de empreendedorismo capitalista.

Com o que se constatou e a desconfiança que o parlamento produz espontaneamente, não se sabe exatamente o que o legislador procura, mas, não parece ser a celeridade processual. Há tempos a conciliação era uma fase obrigatória no código de processo civil e foi extirpada pela Lei nº 10444, de 2002 da condição de inafastável justamente para trazer celeridade. Agora, retoma esta feição impositiva no processo para... dar celeridade! No mínimo insólito. Não funcionou no passado.

Nossa sociedade se tornou mais beligerante e ativa em busca de seus direitos através da via judicial e não houve uma mudança de mentalidade cultural da população e agora se retoma o caminho que feneceu – sem ao menos ter vicejado em algum momento – sem deixar saudades.

Com a retomada da audiência de conciliação em uma roupagem obrigatória em momento processual que possivelmente levará a parte autora a se arrostar em desvantagem no que tange a previsibilidade objetiva acerca do resultado, vez que o réu não terá apresentado o que lhe ampara em termos probatórios, o que em outros momentos poderá atingir a estes, autor e réu em conjunto, deparando-se inferiorizados sob esta faceta perante o terceiro que adentre no feito em momento futuro.

Não é irrazoável dizer que bastariam algumas inovações do futuro código de processo civil serem inseridas no atual, como na reforma substancial e pontual de 1994, e obteríamos sensível avanço. A conciliação da mesma forma. Mas, como dito, interesses, nem sempre ligados ao que é melhor a população, é que sustentam a atividade política comandada pelo *poder de fato*.

Embora assim seja, não se pode olvidar que o novo código de processo civil, talvez despiciendo, nos dota de um arcabouço processual que no futuro, a partir da consolidação dos entendimentos nos Tribunais e a sedimentação do sistema misto do *civil law* com o *common law*, poderá imprimir maior celeridade processual pois as causas estarão despidas de discussão salvo as possibilidades de *distinguishing*⁵ e *overruling*⁶, o que pode também fomentar o desenvolvimento da atividade conciliatória e de mediação extrajudiciais, desafogando a máquina judiciária, pois, haverá previsibilidade objetiva dos resultados.

Destarte, espera-se que com o tempo exista uma transformação na seara jurídica com a atuação em moldes semelhantes a países europeus e as cortes norte-americanas, diante da consolidação dos entendimentos.

O risco que se cogita é a concentração de poderes em Tribunais que tem formação eminentemente política e ligada à atividade estatal de governabilidade, sem cometer o oblívio de não atentarmos para a existência dos grandes litigantes

⁵ É a demonstração ao julgador que a situação concreta discutida nos autos é diversa da que está solidificada em entendimentos jurisprudenciais ou em verbetes de súmulas.

⁶ Prova de que o entendimento sufragado pelos Tribunais ou em Súmula, foi superado.

privados, umbilicalmente ligados ao *poder de fato*, ou o *poder político e econômico*, o que se manifestou em diversos pontos do código que está por vigorar, exigindo mera leitura perfunctória para esta constatação.

Em suma, teremos algum avanço instrumental, todavia, em num novo código prescindível e com crises internas, com o risco de maior opressão do *poder de fato* sobre a população.

7 REFERÊNCIAS

- Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. (Org.). **A REFORMA silenciosa da justiça**. Rio de Janeiro: 2006.
- ADORNO, Theodor. **A dialética do esclarecimento**. Max Horkheimer. Disponível em: <<http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/adorno-horkheimer-dialetica-esclarecimento-caps-1-2.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- AMORIM, Aureliano Albuquerque. **Arbitragem e poder judiciário**. Goiânia: Contato Comunicação, 2009.
- ARISTÓTELES. **A política**. Introdução de Ivan Lins. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 1).
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BACON, Francis. **Ensaio sobre moral e política**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**: Pressupostos hermenêutico-constitucionais. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BENGOETXEA, Joxerramon. **Una defensa del consecuencialismo em el derecho**. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?q=UNA+DEFENSA+DEL+CONSECUENCIALISMO+EN+EL+DERECHO+Joxerramon+Bengoetxea&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apr. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DESCARTES, René, 1596-1650. **Meditações metafísicas**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 5).
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 15. ed. Salvador: Juspodium, 2013.
- DIAS, Reinaldo. **Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_ju%C3%Adic>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.
- DWORKING, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. - (Biblioteca Jurídica WMF).
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A trivialização dos direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 28, outubro 1990, p. 99-115.
- FERREIRA, Delson. **Manual de sociologia: dos clássicos à sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros; Método, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 34, 2009.
- HERANI, Renato Gugliano. **Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2010.
- JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno**. Organização, estudo introdutório e tradução Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção clássicos do direito; v. 2).
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. J. Rodrigues de Meringue. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (RT – textos fundamentais; 5)

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Trad. Gabriela Edel Mei. São Paulo: Pillares, 2015.

LENZA, Vítor Barboza. **Magistratura ativa**. Goiânia: AB, 2000.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos**. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholarhl=ptBR&q=MODULAC3%87%C3%83O+TEMPORAL+DOS+EFEITOS+NO+PROCESSO+DE+CONTROLE+D+E+CONSTITUCIONALIDADE+E+INFC3%8ANCIA+DE+ARGUMENTOS+ECOC3%94MICOS+Soraya+Gasparetto+Lunardi&btnG=&lr.>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. **Manual pragmático de direito processual civil. Com as perspectivas de inovação do novo processo civil, orientações para elaboração de peças e fluxogramas**. Goiânia: Kelps, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MULLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista española de derecho constitucional**. Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava zarastrusta**: livro para toda gente e ninguém. Apêndices Elisabeth Foster Nietzsche. Trad. José Mendes de Souza. Pref. Geir Campos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012 (Ed. Especial. Saraiva de bolso).

PAULA, Gil César Costa de. **Teoria geral do estado**: textos para uma abordagem crítica. Goiânia: Vieira, 2010.

PEGORARO, Lucio. **La circulación, la recepción y la hibricación de los modelos de justicia constitucional**. Disponível em: <www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicasR=8&IDN=398&IDA=1432>. Acesso em: 01 jun. 2015.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito processual civil. Teoria geral do processo – processo de conhecimento – recursos**. 7. ed., rev. ampl. atual. jan. 2003. Goiânia: Editora Jurídica IEPC (Coleção Jurídica).

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Colección: Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução**. 2. ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHOPENHAUER, Arthur, 1788-1860. **Aforismo sobre a sabedoria de vida**. Trad. Jair Barboza. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 2).

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica: Introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva; Zahar, 2010.

SPECTOR, Céline. **Vocabulário de Montesquieu**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

- TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 09, p. 337-348, jan./jun. 2007.
- TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Malheiros; Saraiva, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 1. v. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- VOLTAIRE, 1694-1778. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento: v. 3).
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.