

## Da inconstitucionalidade do Parágrafo 5º, do artigo 333, do anteprojeto do Código de Processo Civil

**Autore:**

**In:** Diritto civile e commerciale

**RESUMO:** Trata-se de artigo visando demonstrar a inconstitucionalidade do §5, do artigo 333, do anteprojeto do Código de Processo Civil que irá prever punição processual para o réu que não comparecer à audiência de conciliação de maneira injustificada, sem fazer a mesma previsão para o autor.

**ABSTRACT:** This article is to demonstrate the unconstitutionality of § 5 of Article 333, the first draft of the Code of Civil Procedure which provides punishment for a defendant who does not attend the conciliation hearing for no good reason, without making the same prediction for the author.

**Palavras-Chave:** §5, do artigo 333, do anteprojeto do Código de Processo Civil - Inconstitucionalidade.

**Keywords:** of § 5 of Article 333, the first draft of the Code of Civil Procedure - Unconstitutionality.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. O princípio da isonomia - 3. Diferença entre princípio e regra - 4. Na Constituição Federal, a previsão da isonomia é princípio ou regra? - 5. Da inconstitucionalidade da presença obrigatória do réu na audiência de conciliação no anteprojeto do Código de Processo Civil - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

## 1 - INTRODUÇÃO

De maneira sistemática, o legislador brasileiro vem alterando o Código de Processo Civil objetivando alcançar a decantada celeridade processual, já que o Poder Judiciário é alvo de constantes críticas no que se refere à sua morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Não obstante a necessidade de se alcançar tal celeridade preciso que fiquemos atentos à complexidade e à transcendência sem precedentes que vivenciamos nos nossos dias. Um tempo mais longo, para os debates, é indispensável à duração do processo em vários casos. Esse é o reverso da moeda que nunca, ou pouco, é lembrado pelos especialistas: o processo precisa de tempo para atingir decisão madura e democrática!

Em busca da celeridade, várias alterações no Código de Processo Civil foram realizadas nos últimos quinze anos o que o descaracterizou por completo, tornando-o um Código de difícil compreensão e, por isso, de complexa aplicação. Não raro encontramos em suas diretrizes artigos conflitantes entre si e outros que, por descuido, já deveriam ter sido revogados, em face às minirreformas engendradas, e lá estão como esquecidos pelo seu criador.

As alterações processuais foram tantas, e tão constante, que se passou a adotar a indicação alfanumérica buscando, sem sucesso, um enquadramento sistemático das novas regras processuais criadas dentro do Código existente, que já se mostrava de impossível aplicação e compreensão.

Buscando solucionar esse grave problema, o Senado Federal baixou o Ato de no. 379, de 2009, e criou uma Comissão de Juristas destinada a elaborar um anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Essa Comissão, por sua vez, viajou por todo o país realizando audiências públicas objetivando ouvir a comunidade jurídica e coletar sugestões para o novo CPC. Eu mesmo, representando o Instituto dos Advogados de Minas Gerais, participei de cinco delas. Levei sugestões e fui ouvido. No entanto, salvo falsa

percepção da minha parte, não acredito que aquelas audiências públicas tenham sido realizadas para ouvir a comunidade jurídica e colher sugestões. Penso, salvo melhor juízo, que elas foram realizadas para dar uma satisfação à comunidade jurídica sem, contudo, levar em consideração as críticas e sugestões propostas em todo o país.

Essa suspeita se agrava, ainda mais, quando sabemos que assim que terminou a última audiência pública realizada em Curitiba/PR, onde estive presente, o anteprojeto do novo CPC, como em um passe de mágica, já estava redigido e sendo entregue pelo Presidente da Comissão de Juristas, Min. Luiz Fux, ao Presidente do Senado, Senador José Sarney. Ato contínuo, o anteprojeto foi enviado à Casa Legislativa e transformou-se em projeto de Lei (PLS, 166/2010), já com as suas relatorias definidas e divididas por capítulos. De se observar, então, que a celeridade que se busca não é só na aplicação da Lei, mas, sobretudo, na realização desta, já que não houve tempo hábil entre a consulta ao meio jurídico nacional e a redação do anteprojeto, tudo levando a crer, com o perdão da sinceridade, que, enquanto “ouvia-se” a comunidade jurídica, o anteprojeto estava sendo redigido às portas fechadas e longe das críticas e sugestões tão necessárias em qualquer processo de criação. Entre a realização da primeira audiência pública em Belo Horizonte (26.02.2010) e a oitava e última, em Curitiba/PR (16.04.2010), e o envio do anteprojeto ao Congresso Nacional (julho/2010), transcorreram-se, exatos, cinco meses, tempo insuficiente para que um juiz consiga proferir uma sentença em um procedimento de rito sumário. No entanto, nesse pequeno espaço de tempo para se criar uma legislação do porte de um Código de Processo Civil, aquela Comissão encerrou os seus trabalhos e o novo CPC, em breve, será votado no nosso sempre atento e qualificado Congresso Nacional.

Com essa pressa, não será nenhuma novidade encontrarmos no novo CPC algumas distorções jurídicas. Uma delas, da qual cuidaremos neste ensaio, é a obrigatoriedade de o réu comparecer à audiência de tentativa de conciliação, sob pena de a sua ausência ser considerada como ato atentatório à dignidade da justiça, passível de punição processual.

Neste trabalho, procuraremos demonstrar que, da forma em que foi redigido, o futuro artigo do CPC irá infringir o princípio da isonomia e, por isso, já nascerá com a mancha da inconstitucionalidade, ainda que o legislador, como veremos abaixo, tenha procurado mitigar a inconstitucionalidade que aqui defenderemos.

## 2 - O princípio da isonomia

O princípio da igualdade tem origem na Revolução Francesa (Estado Liberal), com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e procurou abolir os privilégios que cercavam duas classes sociais: a nobreza e o clero.

Trata-se tal princípio de uma reafirmação do direito fundamental à igualdade e deve nortear as relações jurídicas, devendo-se fazer presente para que as partes recebam tratamento igualitário e obtenham as mesmas oportunidades - simétrica paridade - no procedimento. O alcance do referido princípio não é apenas nivelar os cidadãos diante da norma legal posta. A própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.<sup>1</sup>

O princípio da isonomia é garantidor de igualdade procedimental de igual tratamento. Sendo assim, não se pode falar em “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida exata de suas desigualdades”.<sup>2</sup>

Tal assertiva parte de uma premissa equivocada, uma vez que no Estado Democrático de Direito busca-se a incessante igualdade procedimental para evitar, exatamente, o que está sendo apregoado pela doutrina acima citada; vale dizer: o privilégio de uma parte em detrimento da outra, baseando-se, às vezes, em critérios subjetivos ou, simplesmente, em favor legal que não encontra respaldo em um processo democrático que visa à igualdade procedimental dos litigantes.

Não é por outra razão que

“...a asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desiguais a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se opera pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual.”<sup>3</sup>

Vedam-se distinções legislativas que, por diversas vezes, configuram tratamento jurídico desigual. Não é perante a norma posta que se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas e, se por um lado, objetiva propiciar garantia individual, por outro, tolhe favoritismos.<sup>4</sup>

Tal dimensão da isonomia, respaldada pelo Estado Democrático de Direito, não pode ser compreendida conforme concepção aristotélica - tratar igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais - na medida de suas desigualdades.

Esse pensamento, conforme acentua GALUPPO, foi desenvolvido por Aristóteles e refere-se à igualdade geométrica. Para a compreensão de igualdade geométrica, é importante entender o conceito de justiça distributiva, compreendida em dar a cada um conforme seu valor. Sobre justiça distributiva, destaca-se que

“Ela se baseia num princípio da igualdade geométrica, em que  $\frac{5}{10}$  equivale a  $\frac{4}{8}$ , que por sua vez equivale a  $\frac{1}{2}$ . Isso significa que os bens comunitários devem ser distribuídos de forma que quem valha para a comunidade 8, deva receber 4, enquanto quem valha 2, deva receber 1, a fim de que tais indivíduos sejam igualados através desta espécie de justiça.”<sup>5</sup>

Cada um receberá de acordo com a sua virtude. A justiça distributiva aborda a questão de tratamento comparativo de indivíduos, assim compreendida em “dar a cada um conforme o seu valor (arethé), ou seja, proporcionalmente àquilo que cada um agregou à comunidade política”.<sup>6</sup>

Dessa concepção resultaria a ideia de que injustiça existiria em um caso em que, havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior, ou melhor, do que aquele dado ao outro.

Se assim pudesse ser concebida a isonomia, o processo, via de consequência, garantia que é, legitimador da atividade jurisdicional que é, passaria a ser entendido como forma de pacificação social, com escopos políticos e metajurídicos,<sup>7</sup> realizados pelo juiz, desvirtuando sua função de possibilitar a formação dos provimentos pelas partes em contraditório.

Além disso, permitir o tratamento desigual a uma das partes, sob o fundamento de alcance de igualdade substancial, é tão-somente submeter o processo à jurisdição, esta entendida como o monopólio estatal na aplicação da lei. A simétrica paridade refere-se à igualdade processual, igual oportunidade de dizer e contradizer no processo, sem correlação com igualdade substancial. A simples discriminação sofrida por tais indivíduos já viola a Carta Política, cuja restauração exige propositura urgente de procedimentos executivos por parte do Ministério Público para que todos possam fruir de direitos fundamentais, já elencados na Constituição Federal a exigir, tão-somente, a sua execução (art. 5º, inciso 1º).<sup>8</sup>

Ademais, conforme ensina ROSEMIRO PEREIRA LEAL, “é oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade, porque esta significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito”.<sup>9</sup>

A isonomia processual, presuposto da democrazia, afasta qualquer tipo de privilégio e proíbe quaisquer distinções não autorizadas pelo texto constitucional. Conforme já ressaltado, a Constituição da República de 1988 elencou a isonomia processual como princípio norteador de todo ordenamento jurídico. A partir do momento em que uma Lei, sob a justificativa de equiparar os sujeitos processuais, estabelece privilégios passa a desrespeitar a isonomia processual, já que os efeitos produzidos pela situação fática são incompatíveis com o preceito determinado pela norma constitucional – igualdade de tratamento às partes no procedimento em contraditório.

Não se pode, portanto, deturpar o princípio da isonomia como querem alguns, uma vez que ele “não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurado de igualdade de realização construtiva do procedimento”.<sup>10</sup>

Dessarte, não se pode compreender o princípio da isonomia como garantidor de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais e, sim, que, pelo princípio processual de primeira geração, poder-se-á atingir a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre a maioria e minoria política. Processualmente falando, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes para os sujeitos do processo.”

Sendo assim, é de todo inconcebível, na democracia, coexistir, no espaço procedimental, desigualdade jurídica entre as partes calcadas nas ações afirmativas ou no pseudo direito à diferença, porque o princípio constitucional da isonomia é presuposto processual da igualdade jurídica, que a todos iguala. Demais disso, “a se considerar uma igualdade ou desigualdade extrassistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica, não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático (processo instituinte, constituinte e

constitucional de direito)”.<sup>12</sup>

Pode-se concluir que está intrínseca na isonomia a igualdade procedimental não ensejando, via de consequência, o tratamento diferenciado de quem quer que seja intra-autos, por meio das políticas públicas ou de favores legais. A garantia do processo deve ter, então, não somente a previsão do contraditório e da ampla defesa a fim de manter o espaço político assegurado. Devem, o contraditório e a ampla defesa, desenvolverem-se de forma isonômica entre os participantes do processo, sob pena de ineficiência do espaço assegurado.<sup>13</sup>

### **3 - Diferença entre princípio e regra**

A Constituição Brasileira instituiu vários princípios. Na nossa visão alguns deles não são princípios, e sim regras. Neste artigo, enfrentaremos essa questão para, ao depois, concluirmos se o tratamento isonômico lá assegurado, refere-se a um princípio ou a uma regra.

É sabido que um princípio é uma norma que indica um estado ideal de coisas a ser efetivado, sem, contudo, indicar, mostrar quais os meios ou ações devemos tomar para contribuir com a sua efetivação. Os princípios são aplicados levando-se em consideração a otimização e da melhor/maior maneira possível. Já as regras são aplicadas com base no “tudo ou nada”, vale dizer, ou uma regra é aplicada ou é revogada por outra regra, levando-se em consideração a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

O dever de adequação é decorrência lógica da mera positivação de um princípio. Já a regra não comporta adequação e sim a sua aplicação, ou não. O princípio atrai para si o dever da proporcionalidade. A regra não: ou ela é aplicada ou é revogada.



A doutrina conceitua princípios de diversos modos, utilizando-se de diversos critérios, tais como: o da fundamentalidade, hierarquia, abstração e generalidade. Para Roque Antonio Carraza, “princípio é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.<sup>14</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, a palavra princípio é equívoca, podendo aparecer com sentidos diversos. Explica o autor que a expressão princípios fundamentais, contida no Título I da Constituição, está exprimindo a noção de mandamento nuclear de um sistema, diferentemente da expressão “(...) norma de princípio (ou disposição de princípio)” que significa norma que “(...) contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as “normas de princípio institutivo” e as de “princípio programático”.<sup>15</sup>

O critério da fundamentalidade, adotado pela doutrina para classificar os princípios, diz respeito a serem eles os mesmos mandamentos nucleares de um sistema; o da abstração, ao sustentarem que eles possuem uma alta carga de abstração; da hierarquia, quando afirmam que são considerados como normas superiores dentro do ordenamento jurídico, dentre outros; critérios esses diversos daquele utilizado por Robert Alexy, o qual leva em consideração a estrutura da norma em seu aspecto qualitativo. Confira-se:

“Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para la teoria de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas e principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoria adecuada de los límites, ni una teoria satisfactoria de la colisión y tampoco una teoria suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.”<sup>16</sup>

Destarte, para Alexy, os princípios seriam normas que prescrevem um mandamento de otimização, podendo o preceito ser cumprido em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Isto é, os princípios são modelos de otimização podendo ou não ser considerados como mandamentos nucleares de um sistema. Ainda segundo o autor, pode-se afirmar que existem regras regendo direitos fundamentais, assim como existem princípios que não estão enquadrados nessas disposições.

Segundo Virgílio Afonso da Silva,

“... o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um mandamento nuclear de um sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para a sua classificação.”<sup>17</sup>

Portanto, levando-se em consideração os ensinamentos do mestre alemão, pode-se afirmar que as regras são aplicadas na medida do tudo ou nada, as quais descrevem uma situação fática que, ocorrendo, leva à sua incidência e à ocorrência das consequências nelas previstas, enquanto os princípios são aqueles considerados mandamentos de otimização e, portanto, podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

#### **4 - Na Constituição Federal a previsão da isonomia é princípio ou regra?**

No tópico II - Do princípio da isonomia - dissemos que ela se refere a um direito fundamental à igualdade

e que deve nortear as relações jurídicas, devendo-se fazer presente para que as partes recebam tratamento igualitário e obtenham as mesmas oportunidades - simétrica paridade - no procedimento. O seu alcance, portanto, não é apenas nivelar os cidadãos diante da norma legal posta. A própria Lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Pela isonomia, ou através dela, se proíbe que seja dado tratamento desigual a uma das partes, tolhendo favoritismos.

Essa proibição não admite flexibilização, não comportando, via de consequência, interpretações que possam levar ao favorecimento de uma das partes em detrimento da outra, em qualquer situação. Repita-se: a isonomia intra-autos deve ser compreendida no sentido de dar tratamento igualitário (simétrica paridade) a ambas as partes, pouco importando a condição social, econômica ou cultural de cada uma delas.

Em seguida, no tópico III, vimos a distinção entre princípio e regra. Tivemos a oportunidade de afirmar, ancorados na obra de Robert Alexy, que a aplicação dos princípios aceita flexibilização, já que ela é feita na medida do possível e da melhor maneira possível. Já as regras, ainda segundo aquele autor, são aplicadas na medida do tudo ou nada. Vale dizer: se a regra existe deve ser aplicada. Se outra existe, contrariando aquela, uma delas deve ser considerada revogada, utilizando-se dos mecanismos existentes na LICC.

Indo adiante, não há como não constatar a existência de diferenças entre uma norma de direito fundamental que trata, por exemplo, da liberdade de associação, que, na verdade, refere-se a uma regra e não a um princípio, já que não pode ser relativizada para ser aplicada na melhor maneira possível (otimização). A sua aplicação deve ser na medida do tudo ou nada, vale dizer, ou é permitida a associação, conforme manda a Lei, ou não é permitida. Já o princípio, por exemplo, da razoável duração do processo, permite flexibilização diante do caso concreto, já que um processo pode ser, e os casos são inúmeros, mais complexos do que outros e, sendo assim, não há condições de serem resolvidos no mesmo espaço de tempo daquele que possui menor complexidade, permitindo a flexibilização (maior tempo para os primeiros e menor para os segundos) contida nos princípios e ausente nas regras. Como exemplo: um processo que necessitou de instrução probatória exaustiva (prova testemunhal e pericial, depoimento pessoal) não pode ser resolvido no mesmo espaço de tempo de um processo onde só se discute matéria de

direito, sem necessidade de dilação probatória. Os exemplos são fartos!

Pelo que acima já foi exposto, parece-nos fácil concluir que a isonomia, prevista na Constituição Federal, não é um princípio a permitir a sua aplicação na melhor maneira possível, e sim uma regra que deve ser aplicada **na medida do tudo ou nada**, sob pena de favorecer uma parte em detrimento da outra. Não se pode, por exemplo, aceitar que sendo as partes de diferentes poder aquisitivo possa, a mais pobre, ser privilegiada na prática de atos processuais em detrimento da mais rica. As diferenças existentes entre as partes, quaisquer que sejam elas, não podem ser levadas para a relação processual e, por isso ou por causa disso, não têm nenhuma importância, ou não deveriam ter, para a aplicação da Lei processual.

Destarte, se uma regra é válida deve ser cumprida exatamente pelo que nela está descrito, nem mais nem menos. Por outro lado, os princípios, por conterem diretrizes de maior elasticidade, apenas determinam que algo seja feito da melhor forma possível e na maior medida possível.

## **5 - Da inconstitucionalidade da presença obrigatória do réu na audiência de conciliação no anteprojeto do Código de Processo Civil.**

Tenho observado, e ao que tudo indica, com uma certa dose de razão, que existe no Brasil um certo preconceito sobre a figura do réu. O simples fato de alguém ser réu em uma ação já lhe traz vários dissabores. No mínimo será objeto de olhares desconfiados. Em processo de execução, então, valha-me Deus! O réu (permita-me, aqui, o uso inapropriado da palavra) não conseguirá, sequer, fazer um empréstimo ou comprar a crédito na vigência daquele processo. E o que é pior: poderá ter as suas contas bancárias bloqueadas sem maiores delongas. Se ele contestou a ação ou se embargou a execução ou, ainda, impugnou o cumprimento de sentença e saiu vencedor, não importa. Ele é réu e, por isto, já está

errado! Após a sua vitória judicial ele terá que provar para a sociedade que, apesar de ter sido réu, o direito estava ao seu lado.

Tal cultura está enraizada na nossa sociedade, jurídica inclusive, e será abraçada pelo novo Código de Processo Civil já que, de forma expressa, consta do seu anteprojeto que

“§ 5º. 333 - O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual.

Observe o leitor que o novo Código determinará a punição do réu, e apenas ele, se não comparecer à audiência de conciliação, de maneira injustificada. É de se perguntar: E se o autor não comparecer, o que acontecerá? Nada! Qual o motivo da discriminação ou, para sermos técnicos, do tratamento não isonômico entre autor e réu? Eu não consigo responder! Será preconceito? Talvez! Será que o legislador parte do princípio de que o simples fato de alguém ser réu já lhe confere o título de malandro? É possível!

No § 7º, do mesmo dispositivo, o legislador procura, em vão, amenizar o seu preconceito contra o réu quando afirma que “o juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável”.

De se observar, então, que o réu ficará nas mãos do autor e do juiz. Nas mãos do autor, porque ele terá que procurá-lo para fazer uma petição em conjunto informando ao julgador que eles não têm interesse em fazer nenhum acordo. Já imaginaram a situação? Será que o autor, ou o seu advogado, irão receber o réu? Duvido! E se a ação tiver sido distribuída em Manaus e o réu residir em Porto Alegre? Pobre do réu! Se for pobre então... ainda assim terá que fazer tamanho deslocamento para comparecer a uma audiência de conciliação onde, simplesmente, dirá que não tem interesse em fazer acordo. Do contrário, a sua ausência poderá ser considerada ato atentatório à dignidade da justiça passível de punição processual. De outra

banda, ficará o réu nas mãos do juiz, porque a Lei não fala em qual situação poderá ele dispensar a audiência de conciliação. Trata-se, portanto, o futuro dispositivo legal aqui em comento, de cláusula aberta, que, de quando em vez, leva ao autoritarismo como mostra a prática forense.

A verdade é que estão dando tratamento diferenciado às partes. O autor está sendo beneficiado em detrimento do réu e isso não pode ocorrer, porque a regra (e não princípio, como já vimos) da isonomia insculpida na Carta Magna não comporta flexibilização, ou seja, tem que ser aplicada na medida do tudo ou nada. Não se pode otimizar a regra da isonomia na medida do possível ou da melhor maneira possível. Em outras palavras, mas no mesmo sentido: a regra da isonomia existe para proteger as partes uma das outras e do próprio Estado/juiz, ou não. Sendo assim, deve ser aplicada sem flexibilização, sob pena de desvirtuamento do sistema.

Por outro lado, sabemos que é perfeitamente passível de acontecer a propositura de uma ação temerária. Já contestei várias nos meus longos anos de advocacia. Por que, então, o autor não será obrigado, assim como o réu, a comparecer à audiência de conciliação, sob pena de sanção processual? A não resposta a essa pergunta leva à conclusão de que a regra da isonomia está sendo ferida, o que, ao nosso modesto entendimento, macula de inconstitucional o dispositivo do anteprojeto aqui comentado.

Mas não é só! Nem o autor nem tampouco o réu estão obrigados a comparecer à audiência de conciliação. Eles praticam ou comparecem a um ato processual se quiserem. Já tivemos a oportunidade de afirmar que o processo é garantia fundamental do cidadão contra o outro cidadão e contra o próprio Estado/juiz, ou não. Sendo assim, as partes promovem acordo se quiserem. Nada, nem ninguém, nem tampouco o legislador ordinário ou constitucional, tem o poder de obrigar as partes a se conciliarem. O fato de o réu, ou o autor, não comparecer a uma audiência de conciliação deve significar, apenas e tão-somente, que eles não querem o acordo, naquele momento ou em qualquer outro. Não podem, por ser o processo uma garantia fundamental do cidadão, ser penalizados por aquela ausência ou por não querer o acordo.

Não estamos, com esse pensamento, pregando a litigiosidade. Não é isso! O que estamos fazendo é procurando dar uma contribuição para o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico que não pode conter

leis discriminatórias, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito que abomina esse tipo de comportamento e prega a igualdade de tratamento, em simétrica paridade entre as partes litigantes, conforme já visto neste ensaio.

Mesmo se o legislador tivesse inserido o autor, também, como passível de sanção processual pela ausência na audiência de conciliação aqui tratada, ainda assim estaria ele insurgindo em equívoco, já que, conforme já frisamos, processo é garantia fundamental do cidadão e ele só deve comparecer naquela audiência, ou em qualquer outro ato processual, querendo, não por obrigação. A impressão que se tem, salvo engano, é que o legislador pretende, através daquele dispositivo legal, forçar o acordo entre as partes litigantes para esvaziar os escaninhos forenses em busca da celeridade na entrega da prestação jurisdicional, que, em tempos atuais, recebeu o nome de efetividade da decisão judicial ou, ainda, processo justo, pelo simples fato de ter encerrado rápido. Com isso, definitivamente, não podemos concordar.

## **6 - CONCLUSÃO**

Por tudo que foi exposto, podemos concluir que a isonomia prevista na Constituição Federal não se refere a um princípio que pode ser aplicado na medida do possível ou da melhor/menor maneira possível, mas sim constitui-se uma regra que deve ser aplicada na medida do tudo ou nada, eis que não se pode admitir que haja flexibilização na sua aplicação para dar privilégio de tratamento a uma parte (autor) em detrimento da outra (réu) ou vice-versa, em face das regras que norteiam o processo no Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, o dispositivo legal contido no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, que irá prever a punição do réu pela sua ausência injustificada na audiência de conciliação, é inconstitucional, por infringir a regra da isonomia, que, por ser regra, não aceita flexibilização não podendo ser aplicada na medida do

possível ou da melhor/maior maneira possível, ao contrário dos princípios que permitem tal aplicação.

## **7 - BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de, O Novo processo Constitucional. Mandamentos. Belo Horizonte. 1<sup>a</sup>. ed. 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo. Malheiros. 3<sup>a</sup>. ed.2001.

CARAZZA, Roque Antonio. Curso de direito tributário. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentabilidade do processo. São Paulo. Malheiros, 1999.

GALLUPO, Marcelo Campos, Igualdade e diferença - Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte. Mandamentos. 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do processo, primeiros estudos. 4<sup>a</sup>.ed. Porto Alegre, Síntese, 2001.



LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. Revista Unijus, Vol. 6. No. 1, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. Ed. Ver. E atual. Nos termos da reforma constitucional (EC 48, de 10.08.2005). São Paulo: Malheiros, 2006.

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo. Malheiros. 3ª. ed. 2001.

2 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo Civil na Constituição Federal. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992. p. 40.

3 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do processo, primeiros estudos. 4ª. ed. Porto Alegre, Síntese, 2001, p.104.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo. Malheiros. 3<sup>a</sup>.ed. 2001.

5 GALLUPO, Marcelo Campos, Igualdade e diferença - Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte. Mandamentos. 2002, p. 40.

6 Idem. p. 42.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentabilidade do processo. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 75.

8 LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. Revista Unijus, p. 44.

9 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo, primeiros estudos. Porto Alegre, Síntese, 5<sup>a</sup>. ed. 2004, p.104.

10 Idem. p.103.

11 LEAL, Rosemiro Pereira, Isonomia Processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. Revista Jurídica UNIJUS, vol. 6. no.1. Ago.2003, p.46.

12 LEAL, Rosemiro Pereira, Obra citada. p. 47.

13 ARAÚJO, Marcelo Cunha de, O Novo processo Constitucional. Mandamentos. Belo Horizonte. 1ª. ed. 2003, p. 141.

14 CARAZZA, Roque Antonio. Curso de direito tributário. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.

15 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. Ed. Ver. E atual. Nos termos da reforma constitucional (EC 48, de 10.08.2005). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

16 ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri. Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales. 2002,p.81.

17 ALEXY, op. Cit. P. 36.

<https://www.diritto.it/da-inconstitucionalidade-do-paragrafo-5o-do-artigo-333-do-anteprojeto-do-codigo-de-processo-civil/>