

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Daniel Maciel Domene

Acadêmico do 9º período do curso de Direito da UFPR

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil recém aprovado procura incentivar a prática de meios alternativos de resolução de conflitos, mais especificamente a mediação e conciliação, que se revelam como importantes mecanismos em face da intensa sobrecarga e morosidade do sistema judiciário atual. Mais do que isso, trata-se de estabelecer políticas públicas que visam um tratamento adequado aos conflitos de interesses na contemporaneidade, de modo a priorizar a participação das partes na construção de uma solução satisfatória ao conflito e promover o fortalecimento da democracia participativa. O artigo tem como objetivo, portanto, tratar do procedimento previsto no artigo 334, quase obrigatório às partes na instauração de um processo judiciário, e como ele poderá se desenvolver na prática processual, bem como suscitar dúvidas quanto a sua concretização.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Cooperação. Neoprocessualismo. Cultura do diálogo.

1 INTRODUÇÃO

As decisões-surpresas proferidas por juízes atualmente fazem parte do dia a dia processual brasileiro e integram o que é gentilmente chamado de “jurisdição oracular”. Trata-se de uma jurisdição em que o magistrado decide sozinho, raramente com base nos argumentos trazidos pelas partes. A partir dos fatos, o juiz realiza um papel de “oráculo”, usando fundamentos que não foram sequer abordados no decorrer no processo, de forma que os protagonistas não participam da produção da decisão final que irá orientar seus próximos atos. E em nome de uma desejada celeridade, admitiu-se, por muito tempo, essas decisões-surpresas, bem como sentenças mal fundamentadas.

O Novo Código de Processo Civil veio para mudar essa perspectiva, com a promessa de um modelo de processo civil mais democrático. Não apenas por ter sido o primeiro Código de Processo Civil brasileiro promulgado numa era democrática, mas também por adotar uma nova metodologia. Busca-se a substituição dessa jurisdição com menor ou quase nenhuma participação das partes na decisão por uma jurisdição baseada na cooperação entre os sujeitos do processo para que o resultado seja obtido de modo justo e efetivo.

A eleição da jurisdição como centro do direito processual pelo instrumentalismo trouxe como legado a possibilidade de decisões autoritárias, colocando o juiz e o poder do Estado como centro da ciência, ou seja, as soluções são pensadas a partir do poder e em prol de uma certa efetividade. A eficiência, junto ao resultado, tornou-se cerne do próprio processo, com fundamento no art. 37 da Constituição, que determina os princípios que devem orientar todos os serviços públicos. Considera o impacto na realidade política, econômica e social, a partir do qual o processo não é mais visto como um fim em si mesmo e sim como um instrumento a serviço do direito material. Entretanto, estabeleceu-se que somente a jurisdição poderia realizar esse serviço, no qual as partes teriam apenas uma pequena participação.

Nas palavras do jurista Araújo (1999):

Paralelamente ao entendimento de que cabe ao Judiciário a responsabilidade pela resolução das querelas da sociedade, criou-se também a compreensão de que somente cabe ao Estado o poder de dirimir os problemas da população, não tendo esta a capacidade natural de solucionar sem traumas parte de seus problemas comuns.

Essa perspectiva instrumentalista é fortemente combatida pelo



Novo CPC, que proíbe as decisões-surpresas e exige do juiz a análise de todos os argumentos trazidos pelas partes. Isso vem com uma nova perspectiva que procura retomar as entranhas dogmáticas do processualismo, mas com uma releitura à luz do modelo constitucional de processo. Esse neoprocessualismo, ou formalismo-valorativo (ou ainda formalismo-axiológico), afirma a Constituição como fonte primária, ressaltando os princípios do devido processo legal e do contraditório e enfatizando a participação das partes no processo. Este passa a ser categoria fundamental do direito, de forma que o foco do direito processual se desloca mais uma vez. A ciência processual não é mais orientada apenas pelo poder do Estado, mas também não só pelo poder das partes: ambos dirigem a relação processual num processo cooperativo.

O princípio da cooperação se coloca como regate da democracia no processo civil. E uma das apostas do Novo Código é o investimento nas práticas de mediação e conciliação. Estes instrumentos não são novidades no âmbito do processo civil e são empregados para solução rápida e pacífica dos conflitos judicial ou extrajudicialmente. Entretanto, o texto legislativo trouxe certas modificações no jeito em que se viam os métodos consensuais de solução de conflito e precisa ser analisado pragmaticamente antes de sua entrada em vigor.

2 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO E SUA CONTRIBUIÇÃO À DEMOCRACIA: A CULTURA DO DIÁLOGO

Primeiramente, necessário apontar a contribuição dos métodos consensuais de resolução do conflito ao fortalecimento da democracia e ao combate à cultura do litígio, intensamente promovidas pelo Novo CPC.

Para Fabiana Splengler e Luthyana Demarchi de Oliveira (2012, p. 134), a democracia participativa no Estado contemporâneo configura um caminho desafiador para a efetivação da cidadania, em face das consequências da ordem globalizada atual, quais sejam o individualismo, a ação política do governo de conciliação das reivindicações sociais divergentes e a pobreza como negação do direito de desenvolvimento. Diante de um quadro de crise, no qual o Estado não é capaz de garantir os direitos de todos os cidadãos, organizações da sociedade civil vêm criando espaços de diálogos de participação política e social dos indivíduos que as compõem.

Isto posto, as autoras destacam que o Estado Democrático de Direito não é somente uma organização burocrática, mas também “um reordenamento



jurídico, social e político da sociedade com o reconhecimento da cidadania” (OLIVEIRA; SPENGLER, 2012, p. 136). Por conseguinte, são imprescindíveis políticas que priorizem a convivência dos cidadãos, a fim de incentivar os espaços públicos de cooperação e participação.

O Novo Código de Processo Civil atua nesse sentido, e uma das aplicações concretas é a audiência de mediação e conciliação. A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa (mediador), escolhida ou aceita pelas partes, auxilia-las na construção de uma solução eficaz para o conflito (AZEVEDO, 2013, p. 85). É, portanto, um mecanismo que facilita a comunicação entre os litigantes, aprimorando as relações interpessoais e sociais. Por outro lado, a conciliação é definida pelo Ministério da Justiça como um processo autocompositivo (ou uma fase no processo heterocompositivo) no qual um terceiro, escolhido ou aceito pelas partes, pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele como justa.

Dessa forma, a mediação e a conciliação se apresentam como algumas das possibilidades de efetivação do acesso à justiça, em que esta se concretiza na medida em que as próprias partes são adequadamente incentivadas a produzirem soluções satisfatórias de forma consensual. Um de seus benefícios é o empoderamento dos litigantes, restabelecendo o senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário. Eles são os protagonistas do processo e possuem total participação na construção da decisão, através da concretização do princípio da cooperação e do contraditório. Segundo Luis Alberto Warat (2000), essa participação cooperativa favorece a paz social, na medida em que:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.



Com isso, o Novo Código promete uma transformação de paradigmas que exigirão uma mudança também na cultura processual brasileira. O instrumentalismo trouxe não apenas a ideia de que o processo não é um fim em si mesmo, mas também o entendimento de que a tarefa de solucionar conflitos cabe ao Estado e apenas a ele, criando a concepção de que o direito somente estará resguardado e protegido se resultar de uma sentença proferida pelo juiz, depois de todos os trâmites de um processo judicial.

Chama-se o fenômeno de cultura do litígio. Adolfo Braga Neto e Dora Fried Schnitman (2003) frisam bem ao lecionar: “a sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado”. E esta decisão, não raramente, restringe-se à aplicação pura e simples de previsão legal, sem a análise profunda de todos os fundamentos trazidos pelas partes em suas argumentações. Além de criar um ambiente de guerra, no qual as partes procurar vencer a qualquer custo, a cultura do conflito contrapõe-se à celeridade processual e dificulta o acesso à justiça, uma vez que “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 1997, p. 40).

Em face de outras formas de resolução de controvérsias, essencial será uma mudança de mentalidade não apenas no direito processual civil, mas também na sociedade, quanto ao tratamento dos conflitos. Dessarte, o Novo Código busca a transição de uma cultura do litígio para uma cultura do diálogo e da cooperação, na qual se possibilite às partes a construção da mais satisfatória solução possível para ambas. Não se trata de auxiliar a parte contrária a vencer, tampouco ganhar a todo custo: a cooperação é para com a prestação jurisdicional, a fim de alcançar o resultado mais adequado e eficaz para ambas as partes. As apostas do Novo CPC na mediação e na conciliação só serão efetivas num ambiente de processo cooperativo, exigindo seriedade processual de todos os sujeitos do processo.

3 PROCEDIMENTOS DO ARTIGO 334 DO NOVO CÓDIGO

Há quem diga que a audiência de conciliação e mediação estampada no art. 334 do Novo Código é resquício do rito sumário do Código de 1973. Do mesmo jeito, inevitável a comparação com a audiência prevista na Lei 9099/1995, que regula os Juizados Especiais. Todavia, vamos verificar que os procedimentos diferem como um todo, principalmente em finalidade e



método.

A audiência inicial do rito sumário do Código atual tem como objetivo não apenas a tentativa de acordo entre as partes, mas também a colheita de respostas do réu, bem como a solução de questões incidentais, enquanto a audiência do art. 334 do Novo Código tem por objetivo apenas a aproximação das partes para restabelecer sua comunicação na tentativa de acordo. A diferença mais notória está no fato de que a audiência de conciliação não será realizada pelo juiz e sim por mediadores e conciliadores. Dispõe o artigo 165 do Novo CPC:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Dessa forma, essas audiências exigirão profissionais capacitados para atender a demanda de todo o Poder Judiciário. Com a profissionalização da conciliação e da mediação, espera-se o surgimento de unidades judiciárias ou privadas destinadas a conciliar e mediar. Atualmente, em relação às primeiras, o processo vêm se desenvolvendo lentamente, através de iniciativas do Conselho Nacional de Justiça, em convênio com os Tribunais de Justiça de cada estado, mas ainda há a necessidade de um grande número de cursos de capacitação até a entrada em vigor do Novo Código. Quanto às câmaras privadas, o mercado foi se expandindo no decorrer do desenvolvimento da arbitragem no Brasil, contando com unidades que congregam ambos os métodos alternativos na solução de conflito.

Percebe-se, portanto, a abertura de um novo nicho mercadológico objeto da iniciativa privada, por meio do credenciamento de conciliadores, mediadores e câmaras privadas em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, que manterão registro dos profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional (art. 167). Nesse credenciamento, constarão todos os dados para sua atuação, como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade e a matéria sobre o qual versou a controvérsia. Discute-se aqui se essa prática não criaria uma certa casta entre as câmaras privadas de conciliação e mediação,



como ocorreu nas câmaras de arbitragem - o que permite preços elevados e elitização das melhores prestadoras desse serviço, dificultando o acesso daqueles que não conseguem arcar com os valores estabelecidos por elas. De mesmo modo, não se pode estabelecer a remuneração seguindo um critério baseado nos resultados, para que não distorça a própria essência do processo de mediação e suas técnicas, nem mesmo para estimular o aperfeiçoamento destes.

Em razão disso, o art. 169 regula a remuneração a ser recebida por esses serviços, de acordo com tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Nos casos de câmaras privadas de conciliação e mediação, regulamento interno pode dispor sobre remuneração diversa. Em contrapartida do credenciamento no cadastro nacional, o §2º do referido artigo prevê ainda a existência de um percentual, também fixado pelo tribunal, de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, a fim de atender aos processos com assistência judiciária gratuita.

De qualquer forma, a audiência de conciliação e mediação não entrarão na pauta de audiências do juiz, havendo apenas um acompanhamento das atividades pelo Poder Judiciário, observado os regulamentos da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) e da Resolução nº 125 do CNJ. Portanto, o funcionamento das câmaras privadas de mediação e conciliação no que se refere aos procedimentos extrajudiciais deve atender o disposto no art. 21 a 23 da Lei da Mediação, enquanto os procedimentos judiciais devem não apenas atender os art. 24 a 29 da referida Lei, como também os princípios e garantias da mediação judicial da Resolução nº 125 do CNJ.

Também diferem da audiência preliminar do art. 331 do Código atual. Este é claro ao estipular que, não obtida a conciliação, o juiz deverá fixar os pontos controvertidos, decidir questões processuais pendentes e determinar quais provas a serem produzidas. No panorama geral do Novo Código, o réu é citado para comparecer numa audiência exclusiva para acordo:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

O dispositivo capta a ideia do procedimento realizado nos Juizados Especiais, mas com ele não se confunde. Se o autor não comparece à audiência



prevista na Lei 9.099/1995, extingue-se o processo; se é o réu quem não comparece, entendem-se verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, ou seja, incide os efeitos da revelia, bem como o juiz profere a sentença desde logo (art. 20 e 23 da Lei 9.099/1995). Por outro lado, o não comparecimento injustificado do réu ou do autor à audiência de conciliação e mediação caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*), ensejando aplicação de multa no valor de 2% do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, a fim de incentivar o êxito desse procedimento:

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

Essa multa será depositada em fundos de modernização do Poder Judiciário, que serão criados pela União e pelos Estados, conforme previsto no art. 97 do NCPC. Questiona-se aqui a incidência da multa nos casos de réu citado por edital. Se não fosse devida a multa dos 2%, estaria se questionando a própria validade da citação ficta. Certo é que não incidem os efeitos de revelia na citação por edital, por ela ser ficta ou presumida. Mas não há fundamento para deixar de se aplicar a multa do §8º do art. 334, tampouco para não realizar a audiência de conciliação e mediação. Isso porque no NCPC o prazo para contestar começa a contar da data da audiência:

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;
II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;
III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

Ademais, a possibilidade de bloqueio online de eventuais recursos financeiros do réu pode ser uma forma efetiva de trazê-lo ao processo, ainda que essa possibilidade seja remota. Não se pode esquecer que a citação por edital só ocorre quando o réu se encontra em lugar ignorado, incerto ou inacessível. Na hipótese de réu que se encontra em país que não aceita carta



rogatória, alega-se que seria incabível a multa para incentivo à conciliação e mediação, visto que o réu dificilmente poderia comparecer à audiência. Entretanto, conforme explicita o §7º do art. 334, a audiência de conciliação ou mediação poderá ser realizada por meio eletrônico, nos termos da lei que regula a matéria. De qualquer maneira, não há que se falar em enriquecimento sem justa causa do autor, uma vez que o valor será convertido ao fundo de modernização do Poder Judiciário.

Outra diferença entre a audiência de conciliação dos Juizados Especiais e a primeira parte do procedimento comum do Novo Código se refere à contestação, que, no primeiro caso, é feita na própria audiência, na qual o réu expõe as razões pelas quais acredita estar certo. Na audiência do art. 334, como já foi brevemente relatado acima, o réu não é citado para contestar, até mesmo porque o juiz não realiza a audiência e o conciliador ou mediador não tem poder decisório acerca do mérito.

A audiência de conciliação ou mediação não é completamente obrigatória. Haverá casos em que os direitos em abstrato impossibilitam a própria autocomposição. Veja, o dispositivo não restringe a impossibilidade da audiência em relação aos direitos indisponíveis, uma vez que existe uma série de direitos indisponíveis que admitem a conciliação e a mediação entre as partes, como os conflitos envolvendo questões de família, “ressalvados os casos de filiação, adoção, poder familiar, e invalidade do matrimônio, ou questões ambientais. Estes são exemplos de direitos, a princípio, indisponíveis, mas que são mediados com altas taxas de êxito e de efetividade”¹.

Dispensa-se a audiência de conciliação ou mediação nas demandas que envolvem direitos que não são passíveis de autocomposição, por exemplo, nas ações de improbidade administrativa, em que o réu é notificado para manifestação preliminar - ou uma defesa prévia para admissibilidade da ação. Nesses casos, o prazo de 15 dias úteis para contestar começa a contar a partir da data de juntada aos autos o documento de citação (a carta AR, o mandado, a carta precatória), pois o direito em abstrato não é passível de autocomposição.

Exatamente por não se limitar a direitos disponíveis, a conciliação e a mediação são cabíveis também em ações envolvendo a Fazenda Pública,

¹ COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Parecer acerca do Projeto de Lei Nº 7169, DE 2014. Disponível em < <http://goo.gl/eP45LV>>. Acesso em 02 nov. 2015.



observadas as disposições legais². Adilson de Abreu Dallari (2015) sintetiza que “ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, acolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”. A Lei 13.140/2015 dispõe:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Enquanto essas câmaras de mediação não forem criadas, os conflitos poderão ser dirimidos conforme as disposições gerais do procedimento da mediação judicial e extrajudicial. O §5º do referido artigo traz ainda como exemplo os conflitos que envolvem equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com os particulares, enquanto o artigo 33 autoriza a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a mediar coletivamente nos conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Ainda, a legislação estabelece:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

² Inclusive, a Procuradoria Jurídica do Município de Marialva/PR, desde 2010, promove a transação extrajudicial no âmbito da Administração Pública, nos casos de indivíduos em busca da indenização por danos comprovadamente provocados pelo Poder Público, envolvendo direitos patrimoniais. Mais em: <<http://goo.gl/Qbp7YN>>. Acesso em 02 nov. 2015.



Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Esses são apenas alguns casos em que a Administração Pública está autorizada a mediar e conciliar. Ultrapassada, portanto, a ideia de que a Fazenda Pública estaria dispensada da audiência de conciliação e mediação do art. 334 do Novo Código.

Outra hipótese de dispensa é a dupla recusa pelo autor e pelo réu. Ambos precisam se manifestar quanto ao desinteresse de realizar a audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §4º, I). Caso contrário, será realizada a audiência, mesmo contra o desejo de uma das partes. O momento para manifestação das partes é indicado no §5º do artigo: o autor deve indicar o desinteresse na própria petição inicial, sob pena de preclusão e presunção de que há interesse na autocomposição; para o réu, a recusa deve ser feita por meio de petição até 10 dias antes da audiência.

Havendo litisconsórcio, todos os litisconsortes devem se manifestar contrariamente à audiência. Se houver uma única recusa, todas as partes devem comparecer na audiência, sob pena da aplicação da multa prevista no §8º, ainda que tenha manifestado seu desinteresse em tempo hábil. Havendo a dupla recusa, abre-se o prazo para contestar, a contar da data do protocolo da petição do réu.

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni (2015) aponta outros problemas práticos da opção legislativa na elaboração do art. 334 do Novo Código, os quais serão analisados adiante.

O jurista afirma que a opção do legislador em tornar quase obrigatória fere um dos princípios da mediação, o da autonomia da vontade (art. 166 do NCPC). Com a data vênua, entendo que, na realidade, o dispositivo privilegia referido princípio: se ao menos uma das partes vê a possibilidade de acordo, o juiz não pode recusar seu direito de tentar a autocomposição do conflito, ainda que entenda mínima a probabilidade de conciliação no caso concreto. Afinal, o Estado deve promover a autocomposição como meio preferencial para a solução dos conflitos, de modo a estimular a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual de conflito, inclusive no curso do processo judicial, conforme determinado no §3º art. 3º do NCPC.

Outro argumento apresentado pelo autor seria a burocratização da



conciliação e da mediação, possibilitando “manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência, apenas, para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra”. Não se pode esquecer que a conciliação e a mediação são procedimentos estruturados com base no nível cooperativo entre as partes, rumo à solução satisfativa do litígio. O processo judicial deve deixar de ser visto como uma guerra entre as partes, na qual vencer significa vingar-se a qualquer custo do conflito surgido entre elas. Muitas vezes, é possível alcançar, através da autocomposição, uma solução que satisfaça ambos os lados, sem que haja um vencedor e um perdedor³.

Sabe-se que essa ideia é relativa, variando de acordo com o nível de litigiosidade em cada caso concreto, mas o princípio da cooperação deve estar presente em todos os casos, impondo deveres aos sujeitos processuais, “a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que se já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa fé e do abuso do direito” (CUNHA, 2015). Esse princípio não exige que as partes desconsiderem seus objetivos particulares e econômico-financeiros para juntos buscarem a justiça ideal, muito menos que o juiz determine que assim seja. Trata-se de compatibilizar o processo com as exigências constitucionais de boa-fé e razoabilidade, com fundamento na moralidade, no contraditório e no devido processo legal⁴.

Por fim, Gajardoni defende que a audiência de conciliação ou mediação torna o custo do processo maior, pois “além do pagamento pelos serviços do mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura”. Contrapondo-se ao entendimento do jurista, o dispositivo possibilita, em seu §7º, a realização dessa audiência por meio eletrônico, através da implementação do já

³ Como assinala o Ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca: “o exercício da jurisdição resolve a disputa, o litígio, mas não elimina o conflito subjetivo entre as partes. Na maioria das vezes, incrementa mais ainda a disputa interpessoal, pois não acaba com a animosidade, as mágoas e os ressentimentos. Há sempre vencedor e vencido, nos termos da lei aplicada pelo Estado”. Mais em: <<http://goo.gl/PsgYNo>> Acesso em 03 nov. 2015

⁴ Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. Disponível em: <<http://goo.gl/basvpi>>. Acesso em 03 nov. 2015



existente sistema de videoconferências, por exemplo. Outrossim, a prática da conciliação e mediação funciona como um mecanismo que, além de auxiliar o desfogamento do Poder Judiciário, reduz não apenas os prazos na resolução dos processos, mas também os custos processuais, através do não prosseguimento de uma ação.

Ademais, não podemos ignorar os princípios constitucionais nos quais repousam a mediação e a conciliação: na ampla defesa, no acesso à justiça, no direito à assistência jurídica e à duração razoável do processo. Resolver o conflito num acordo antes do desenrolar do processo propicia o melhor custo-benefício para ambas as partes, conforme sintetiza Luiz Antunes Caetano (2002):

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito.

Sob esse ângulo, evidente a necessidade de incentivo a novos meios para a solução de conflitos, a fim de minimizar o acúmulo de processos no Judiciário, reduzir os custos do processo, propiciar maior participação das partes na solução de conflitos e promover o acesso à justiça de forma mais eficaz, célere e flexível. O Novo Código de Processo Civil busca exatamente a consolidação desses meios alternativos para tentar a solução do conflito pelos próprios indivíduos envolvidos, antes da fase instrutória do processo, através da audiência de conciliação ou mediação nas demandas que compreendem direitos passíveis a autocomposição. Com o propósito de desjudicialização do conflito, pretende-se estimular o diálogo na própria sociedade civil e nas suas instituições, de modo a promover uma verdadeira mudança na cultura jurídica brasileira.

Conforme exposto anteriormente, a Lei 13.140/2015 regulamenta a mediação entre particulares, no âmbito judicial e extrajudicial, como meio de solução de controvérsias, bem como a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Embora haja previsões semelhantes as do Novo Código, a Lei da Mediação traz também disposições com significativas divergências, como, por exemplo, os requisitos de formação aos mediadores judiciais. O Novo CPC assim dispõe:



Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º *Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal (grifos do autor).*

Todavia, fazendo o cotejo das duas normas, a Lei de Mediação é mais flexível quanto aos mediadores extrajudiciais e mais rigorosa em relação aos mediadores judiciais:

Art. 9º *Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.*

Art. 11. *Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (grifos do autor)*

Outro aspecto importante a ser observado diz respeito à possibilidade das partes escolherem de comum acordo o conciliador, o mediador ou a câmara privada que realizará a audiência de conciliação e mediação (art. 168). Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação (§2º do mesmo artigo). No entanto, a Lei de Mediação, determina que os mediadores designados pelo tribunal não estarão submetidos à prévia aceitação das partes (art. 25).

As disposições acerca da confidencialidade da mediação também diferem em aspectos pontuais. O Novo Código dispõe que o conciliador e



o mediador não poderão divulgar ou depor acerca de fatos, elementos ou informações produzidas no curso da audiência de mediação, silenciando sobre possíveis exceções. Por outro lado, a Lei de Mediação estende a confidencialidade às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenha participado direta ou indiretamente da audiência de mediação. Além disso, elenca três ressalvas nas quais as informações poderiam ser divulgadas em processo arbitral ou judicial: se as partes expressamente estipularem, se sua divulgação for exigida por lei ou se for necessário para que o acordo obtido pela mediação seja cumprido.

Por fim, a Lei de Mediação não prevê a possibilidade da dupla recusa pelo autor e pelo réu, omitindo as exceções para a realização da audiência de conciliação ou mediação já abordadas anteriormente.

De acordo com o período de *vacatio legis* estabelecido no art. 47, a Lei de Mediação entrará em vigor em dezembro de 2015, ou seja, antes do Novo CPC. Diante das dissonâncias, resta a dúvida sobre quais disposições devem prevalecer. Fazendo o cotejo entre as duas compilações e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não houve qualquer revogação ou modificação expressa, assim como a Lei de Mediação não regula inteiramente a matéria de que trata o Novo CPC (ou vice-versa). Apesar de haver disparidades pontuais, os princípios e diretrizes são similares, de modo a ficar rejeitada a ideia de derrogação de determinadas previsões legais.

Segundo Fernanda Tartuce (2015), o critério utilizado nesse caso para solucionar a antinomia entre as regras incompatíveis seria da especialidade, uma vez que a Lei de Mediação consiste numa lei especial. Argumenta:

Embora reconheça ser a informalidade um dos princípios inerentes a tal meio consensual, a lei traz um detalhamento consistente sobre a sequência de atos a ser observada na mediação – referindo-se, por exemplo, à necessidade de advertência sobre a confidencialidade logo no início do procedimento. Pode-se concluir, portanto, que o Novo CPC deve ter reconhecida sua aplicação supletiva no que tange às regras de mediação judicial.

De qualquer forma, nos casos em que haja dúvida quanto à aplicação das normas do Novo Código ou da Lei de Mediação, o intérprete deverá encontrar a resposta mais compatível com os princípios e diretrizes da mediação, comuns aos dois textos normativos.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil provoca uma mudança de paradigma metodológico do instrumentalismo processual para o neoprocessualismo, a partir da estipulação de um processo cooperativo em relação à prestação jurisdicional. Por conseguinte, incentiva os meios alternativos de resolução de conflitos, visando à participação das partes na construção de uma solução satisfatória ao conflito, o que propicia, inclusive, o restabelecimento da relação social envolvida na disputa. A mediação e a conciliação, afinal, não apenas solucionam processos judiciais, mas também pacificam pessoas e constroem um novo paradigma de sistema voltado para o consenso e fortalecimento da democracia participativa.

O recém-sancionado Código de Processo Civil e as medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como a criação da Resolução/CNJ n. 125/2010, evidenciam a importância do Estado em compor políticas públicas nacionais na matéria e estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, respondendo assim às demandas cada vez mais crescentes de diversos setores da sociedade civil. O artigo 334 do Novo CPC representa uma tentativa de transformar uma cultura do litígio numa cultura do diálogo e do consenso. E isso só ocorrerá se todos os sujeitos processuais se comprometerem a concretizar o princípio assentado no artigo 6º do Novo Código: o da cooperação.

A busca pela capacitação dos profissionais que realizarão essas audiências também não pode demorar, visto que esta ainda ocorre lentamente mesmo faltando poucos meses para a entrada em vigor do Novo Código. Embora existam câmaras privadas de arbitragem e mediação já consolidadas, é necessário a estipulação da tabela de remuneração dos mediadores pelos tribunais prevista no art. 169, bem como a razoabilidade dos preços eventualmente fixados no regulamento interno.

Finalmente, as divergências entre o Novo CPC e a Lei de Mediação também devem ser cotejadas de maneira a dialogar com os princípios e diretrizes da conciliação e da mediação, a fim de obter respostas práticas para os questionamentos decorrentes da aplicação das normas incompatíveis entre si.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luís Alberto Gómez. **Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz.** In Mediação – métodos de resolução de controvérsias, n. 1, coord. Ângela Oliveira. São Paulo: LTr, 1999, p.127 – 132.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2013.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços.** 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos.** São Paulo: Atlas, 2002.

CASANOVA, Vanessa Holvorcem. **Políticas públicas frente às soluções extrajudiciais de conflitos: conciliação, mediação e arbitragem** . Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4140, 1 nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30475>>. Acesso em: 22 out. 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Viabilidade da transação entre o poder público e particular.** Revista Interesse Público n. 13, p. 11. Disponível em: <<http://goo.gl/lnfaon>>. Acesso em 02 nov. 2015.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação.** Disponível em: <<http://goo.gl/FKnHQz>>. Acesso em 03 nov. 2015

FAVRETO, Rogério. **Redes de Mediação: um novo paradigma à pacificação dos conflitos.** Jornal de São Paulo, edição de 27/12/2007. Disponível em:



<<http://goo.gl/j9y8iU>>. Acesso em 22 out. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?** Disponível em <<http://goo.gl/aoqkV9>>. Acesso em 02 nov. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, Adolfo Braga. **Alguns aspectos relevantes sobre mediação de conflitos**. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. **A mediação como política pública de fortalecimento da democracia**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 2, n. 2, jul/dez 2012.

TALAMINI, Eduardo. **Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz**. Disponível em: <<http://goo.gl/basvpi>>. Acesso em 03 nov. 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Interação entre Novo CPC e Lei de Mediação: primeiras reflexões**. Disponível em <<http://goo.gl/JxGnxe>>. Acesso em 03 nov. 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Mediación el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto**. Scientia Iuris, n.4, 2000

THE CONCILIATION OR MEDIATION SESSION ON THE NEW CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT



The new Civil Procedure Law recently approved seeks to promote the practice of alternative dispute resolution, specifically mediation and conciliation, which shows how important these mechanisms are due to overburden and moroseness of the Judiciary. Even more, it's about composing public policies that achieve a proper treatment to conflicts in contemporary, in order to encourage the parties to take part in building a satisfactory solution to the conflict and promote the strengthening of participatory democracy. Therefore, the article aims to discuss the procedure laid down in Article 334 of the new Civil Procedure Law, almost obligatory to the parties before initiate a legal process in the Judiciary, and how it might develop practically.

Keywords: Conciliation. Mediation. Cooperation. Neoprocessualism. Culture of Dialogue.

