

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

DANIEL RESCHKE ENGELMAN

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porto Alegre

2015

RESUMO

O presente trabalho visa a explorar o instituto da conciliação e mediação à luz do novo Código de Processo Civil, relacionando aspectos históricos com os ensinamentos da doutrina pátria, identificando semelhanças e diferenças entre as diversas formas de composição. Serão também abordadas as principais diferenças que a nova legislação adotou em relação ao ordenamento anterior, com uma breve explanação acerca das funções dos mediadores e conciliadores, bem como as especificidades de cada disposição legal acerca do tema. O método a ser utilizado é o da documentação indireta feita pela pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Autocomposição, Autorregramento, Composição amigável. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI FEDERAL Nº. 13.105/15)	5
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL	7
2.2 CONCEITOS E MUDANÇAS NA CONCILIAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	12
3 PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NO NOVO ORDENAMENTO	16
3. 1 PAPEL DO JUDICIÁRIO	18
3. 2 CARACTERÍSTICAS DO CONCILIADOR E DO MEDIADOR	20
4 CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor de forma concisa algumas considerações analíticas acerca dos procedimentos conciliatórios previstos na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e as respectivas mudanças da nova legislação processual, a Lei Federal nº. 13.105/2015.

A análise da conciliação dentro do processo civil depende da identificação dos princípios basilares do instituto, da contextualização histórica da aplicabilidade da norma e das propostas para maior efetividade. A partir disso, poderemos evidenciar os problemas enfrentados pela atual legislação, especialmente a falta de preparo de todos os operadores do direito para solução amigável dos litígios.

O novo Código de Processo Civil contribui para a efetividade da conciliação, criando medidas estimulantes à autocomposição, como se verá ao longo do trabalho, o novo Código de Processo Civil estabelece as figuras do mediador e conciliador como partícipes quase obrigatórios do processo.

Para melhor aplicabilidade de tais medidas e efetivação dos objetivos do legislador em valorar a participação das partes na composição amigável de litígios, será analisado neste trabalho que é imprescindível que a sociedade brasileira passe a ver o instituto como uma solução benéfica.

2 A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI FEDERAL Nº. 13.105/15)

A conciliação é a forma de resolução de conflitos, na qual as partes compõem amigavelmente uma solução para por fim ao litígio, realizando concessões e resguardando os seus interesses. Diante disso, a conciliação judicial sempre deve ser incentivada pelo judiciário e valorada pela legislação, eis que encerra a causa de forma pacífica, mais célere e menos custosa economicamente.

O estímulo à composição amigável esteve presente no ordenamento jurídico pátrio em diferentes momentos históricos, como na Constituição Imperial de 1824¹, na Consolidação das Leis Trabalhistas² e fomentada hodiernamente pelo novo Código de Processo Civil³.

O CPC/73 já incentivava que as partes e o juiz buscassem a composição amigável. A redação do art. 125, inciso IV⁴ do referido diploma, incluído em 1994, outorga ao juiz a competência para “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Esta disposição demonstra a intenção do legislador de encorajar o magistrado a resolver um conflito previamente existente, especialmente porque a disputa entre as partes desagrega a sociedade como um todo, em maior ou menor escala, o que demonstra a existência de interesse coletivo nas soluções de qualquer litígio⁵.

A necessidade de incitar a conciliação como regra na solução de conflitos está presente em diferentes ordenamentos ao redor do globo, especialmente no

¹ Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

² Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente propondrá a conciliação.

Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida decisão.

³ LANES, Júlio Cesar Goulart. Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141

⁴ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

⁵ LANES, Júlio Cesar Goulart. Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141

alemão e no austríaco, mas também no espanhol, português, uruguaio e italiano⁶, que influenciaram expressivamente na inclusão de dispositivos legais na atual legislação.

A respeitável doutrina do Professor José Joaquim Calmon de Passos⁷ bem analisa de forma crítica a postura do brasileiro em relação à possibilidade de compor:

“Nós não somos um povo com tradição conciliadora, tanto que a previsão de conciliação e até a obrigatoriedade de sua tentativa são coisas velhíssimas em nosso sistema processual. Gostamos, sim, de dar um ‘jeitinho’ nas coisas, o que necessariamente não é conciliar. Em que pese nosso ceticismo, jamais nos opusemos a que alargássemos as possibilidades de conciliação entre nós. Preferiríamos que nos mobilizássemos para nos educar, sempre e cada vez mais, no objetivo de convivermos civilizadamente. Enquanto não temos determinação para isso, façamos leis. Ajuda a sobreviver.”

Na Inglaterra, um país com grande aderência às ADR's (*Alternative Dispute Resolution*), que propõem uma forma alternativa para resolução de disputa, se verifica que as partes estão buscando a composição por uma garantia econômica, na qual não haverá surpresa se a decisão for objeto de autocomposição dos litigantes. Neste sentido é a conceituada doutrina de Neil Andrews:

“Uma das explicações é de origem econômica. O público em geral, mesmo as grandes empresas e departamentos do governo, não quer gastar grandes quantias em questões litigiosas. Conflitos comerciais e outros litígios complexos exigem representação legal por advogados qualificados. Mesmo o preparo para um possível litígio pode consumir grandes quantias. Esse sentimento de insatisfação entre os potenciais litigantes tem crescido nos últimos anos. Isso, porém, dificilmente ocasionará surpresa.”⁸

Desta forma, a fim de combater esta celeuma acerca da conduta do brasileiro na abertura para composição, a nova legislação processual propõe não só a mera criação de disposições legais, mas oportuniza a todos operadores do direito maior envolvimento com a resolução amigável de litígios.

⁶ LANES, Júlio Cesar Goulart. Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145

⁷ DE PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao código de processo civil, lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 486.

⁸ ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

O envolvimento das partes na autorregulação dos seus litígios, além de reduzir o tempo para resolver o litígio e ser menos custoso economicamente, traz um caráter democrático e pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder para dispor acerca da norma jurídica que regulará o seu caso, respeitando a sua liberdade.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA COMPOSIÇÃO AMIGÁVEL

No Código de Processo Civil de 1973, pelo procedimento comum ordinário, o artigo 331⁹ confere ao magistrado a faculdade de realização de audiência preliminar, na qual ordenará o comparecimento das partes para tentativa de composição amigável. Em não havendo acordo, o juiz organizará o processo e determinará o prosseguimento da fase instrutória.

O ordenamento da lei processual de 1973 não confere nenhuma sanção à parte que não comparecer à audiência preliminar ou comparecer com procurador sem poderes para transigir. Considerado o ato processual opcional, não é praticado como regra no abarrotado sistema judiciário brasileiro, como propõe o parágrafo terceiro do dispositivo, já que o juiz poderá, a seu critério, avaliar a probabilidade de se obter a composição.

Em que pese haja esta determinação legal, a doutrina entende que o juiz tem o dever, novamente em referência ao disposto no inciso IV do artigo 125 do CPC/73,

⁹ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1o Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2o Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2o. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

de ouvir as partes para que se manifestem acerca do seu interesse na composição. A mera impressão subjetiva do magistrado não configura elemento suficiente para dispensa da audiência preliminar¹⁰.

Importante referir que, embora minoritária e carente de jurisprudência que a acompanhe, existe importante doutrina que classifica como obrigatória a realização da audiência preliminar e que a sua não realização implicaria na nulidade do processo¹¹.

O juiz deve novamente tentar a conciliação quando da abertura da audiência de instrução, consoante as disposições dos artigos 477 a 449 do Código de Processo Civil (1973)¹². Insta frisar que a prévia realização de audiência preliminar não afasta a necessidade da nova oportunidade de se propor o acordo. Como é dever do juiz incentivar a composição amigável do conflito, jamais poderia suprimir arbitrariamente a segunda oportunidade de conciliar¹³.

O procedimento sumário, artigo 277 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973¹⁴, por ser mais célere, adota como regra a realização de audiência

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 525).

¹² Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. ((Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 4.ed. Malheiros, 1997, p. 123.

¹⁴ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

preliminar, na qual o juiz poderá ser auxiliado por conciliador. Deste modo, antes mesmo da apresentação da defesa pelo réu, devem as partes comparecer à solenidade a fim de resolver o conflito de forma pacífica e acompanhados por servidor público qualificado para solução de litígios pela mediação¹⁵.

A principal diferença entre a audiência preliminar do procedimento sumário e do procedimento ordinário está na sanção que é aplicada à parte, já que na primeira o réu está sujeito à aplicação dos efeitos da revelia e na segunda, como visto, não haverá prejuízo. Esta disposição, por exitosa e eficaz foi implementada também no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis, conforme a lei 9.099/95.

A conciliação efetivada na audiência, ainda que verse acerca de questões não discutidas na demanda, está sempre sujeita à homologação por sentença pelo juiz e será reduzida a termo, constituindo-se título executivo judicial, conforme dispõe o artigo 475-N, inciso III do Código de Processo Civil de 1973¹⁶. Em outros termos, a sentença homologatória acarreta a extinção do processo, com a formação de coisa julgada e a consequente formação de título judicial¹⁷.

Tendo em vista que a homologação judicial do acordo é decisão do juiz, esta ficará vinculada a requisitos formais. Ou seja, “o órgão deverá verificar se a própria autocomposição é possível, se não há conlusão ou simulação das partes (art. 142 do CPC) e se os advogados têm poder especial para tanto (art. 105 do CPC). A homologação judicial do ato das partes tem basicamente dupla função: a) pôr fim do processo; b) possibilitar a formação de coisa julgada”¹⁸.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014, p. 64.

¹⁶ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)[...]

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014, p. 65/66.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 733.

Na esfera do direito material, o Código Civil de 2002 estabelece nos artigos 840 e seguintes que os interessados poderão prevenir ou terminar um litígio mediante concessões mútuas denominadas no código de transação¹⁹. Em que pese a disposição legal da transação estar prevista na parte da legislação que aborda contratos em espécie, tal instituto necessariamente se mostra vinculado à espécie de pagamento e extinção de obrigações²⁰.

Tendo em vista que o Código Civil estabelece que a transação é necessariamente composta de concessões feitas pelas partes, a natureza do instituto pressupõe a possibilidade ou já existência de algum litígio, seja ele judicial ou extrajudicial, trazendo às partes mais cautelosas resultados mais precisos diante da insegurança e imprevisibilidade que o resultado de uma demanda poderá trazer²¹. Deste modo, para configuração do instituto, necessariamente devem estar presentes concessões mútuas que culminem num acordo de vontades para por fim a obrigações litigiosas.

O artigo 842²² do Código Civil estabelece que quando a transação recair sobre direitos postulados em juízo, deverá ser homologada pelo juiz. Isso faz com que a transação feita extrajudicialmente entre as partes seja um contrato, produzindo efeitos entre as partes. O ato homologatório se limita a extinguir o processo e formar coisa julgada²³.

Entretanto a transação não é o único instituto da autocomposição previsto no nosso ordenamento, eis que depende que ambas as partes façam concessões mútuas. Há também a hipótese em que apenas uma das partes abre mão de seus

¹⁹ CAPÍTULO XIX
Da Transação

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 306.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 307.

²² Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz..

²³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 733/734.

direitos, que é a submissão ou, processualmente, a renúncia (artigo 487, III, “a” e “c” do novo Código de Processo Civil²⁴ e 269, II e V do CPC de 73²⁵), na qual uma das partes abdica de sua pretensão em favor do outro voluntariamente, reconhecendo a procedência do pedido da parte adversa²⁶.

Consoante os ensinamentos do estimado doutrinador Daniel Mitidiero: “A conciliação visa a trazer as partes à concórdia. Dela pode advir tanto um reconhecimento do pedido, como uma renúncia ao direito ou uma transação”²⁷.

Previamente à criação do novo Código de Processo Civil, a resolução nº. 125/2010 do CNJ mostrou ser um importante normativo com disposições acerca da composição amigável de litígios. A imposição para criação de centros de resolução de conflitos pelos Tribunais junto das considerações ressaltando a relevância do tema trazida pela resolução se coadunou com a tendência nacional para solução de conflitos através da autocomposição.

Deste modo, para evolução do instituto, é que o legislador na criação do novo Código de Processo Civil criou mecanismos e facilidades para as partes, o judiciário e todos os demais operadores do direito incentivarem a efetivação de uma forma mais eficiente e participativa para solução de conflitos.

²⁴ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

[...]

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

²⁵ Art. 269. Haverá resolução de mérito:

[...]

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

[...]

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.165.

²⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. Comentários ao código de processo civil: tomo III, (arts. 270 a 331). São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 462.

2.2 CONCEITOS E MUDANÇAS NA CONCILIAÇÃO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil propõe como uma das suas mudanças mais significativas o estímulo à conciliação para solução dos conflitos. Houve uma importante alteração na estrutura do Código, que passou a apresentar uma organização diferente do que praticado pelo Código de 1973.

A primeira parte do Código, Parte Geral, trata no seu Capítulo I acerca “Das Normas Fundamentais do Processo Civil” e dentre estas normas, a redação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º terá a seguinte forma:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 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.

A disposição deste artigo, agora considerado norma fundamental do Processo Civil, implicou em outras alterações significativas para incentivar a autocomposição de litígios em homenagem ao princípio do respeito ao autorregramento de vontade no processo. “A autocomposição é uma das formas de exercício do poder de autorregramento. O prestígio que ela possui no CPC, conforme se vê dos §§s do art. 3º, evidencia e concretiza o princípio do respeito ao poder de autorregramento²⁸”.

A nova tendência para autocomposição de litígios se mostra reforçada no novo Código de Processo Civil que dedica um capítulo inteiro para regular mediação e conciliação, propõe que antes do oferecimento de defesa pelo réu haja uma tentativa de conciliação, oportuniza a homologação de acordos extrajudiciais de

²⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.134.

qualquer natureza e que nos judiciais possa se incluir inclusive matéria estranha ao objeto litigioso do processo²⁹.

De forma específica, o novo artigo 139, inciso V³⁰, manteve a ideia acatada em 1994 com a inclusão do inciso IV ao artigo 125, do Código de 1973, na qual o juiz tem o dever de promover, a qualquer tempo, a composição entre as partes. A única diferença para a nova disposição é que o juiz deverá se valer do auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Será, ainda, dever da parte autora indicar na petição inicial se pretende ou não realizar a audiência de conciliação³¹. Ou seja, diferentemente do que ocorre na vigência do CPC/73, a referência da parte à audiência de conciliação é requisito da petição inicial, podendo inclusive ser indeferida na ausência de manifestação expressa à alternativa de composição amigável do litígio. Esta disposição bem demonstra a preocupação do legislador em fomentar a autocomposição dos litígios na dinâmica do novo Código de Processo Civil.

No procedimento comum, deverá haver audiência de conciliação ou mediação, em semelhança com o que ocorre com o procedimento sumário do Código de Processo Civil de 1973, onde a principal diferença é a desnecessidade de apresentação de contestação em audiência no procedimento comum, enquanto no sumário, em não havendo composição, o réu deverá apresentar resposta³².

A realização desta audiência será regra, ou seja, diante da conformidade do formalismo da petição inicial e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência³³. Só não haverá audiência quando ambas as partes se

²⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.166.

³⁰ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

³¹ Art. 319. A petição inicial indicará:

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação;

³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC – Críticas e Propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

³³ 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.

manifestarem acerca do seu desinteresse na realização, o autor na petição inicial e o se manifestar com dez dias de antecedência contados da data da audiência³⁴, ou nos processos em que não se admitir a autocomposição³⁵.

Outra importante diferença é acerca do não comparecimento injustificado das partes à audiência. Na redação do código antigo, tínhamos a audiência preliminar na qual a ausência de uma das partes não traria prejuízos. Consoante o novo ordenamento, a parte que não comparecer injustificadamente à audiência de conciliação ou mediação será considerada praticante de ato atentatório à dignidade da justiça e será multada em até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa³⁶. Deste modo, o comparecimento das partes na audiência é um dever processual e não uma faculdade como era no ordenamento do CPC/73.

Embora a penalidade aqui não seja tão prejudicial como no procedimento sumário, por exemplo, na qual poderão ser aplicados os efeitos da revelia, a penalização ao não comparecimento injustificado tende a estimular a composição amigável.

O estímulo do novo Código de Processo Civil demonstra uma tendência de expressões de liberdade do processo. Além da própria composição do litígio, o novo ordenamento prevê uma quantidade considerável de negócios processuais típicos como: a eleição de foro (artigo 63), possibilidade de escolha de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168), ajustar o calendário para prática de atos processuais (artigo 191), renúncia do prazo (artigo 225), acordar a suspensão do processo (artigo 313, II), renunciar à convenção de arbitragem (artigo 337, §6º), dentre outras³⁷.

³⁴ § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

³⁵ § 4o A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

³⁶ § 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.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 135.

Deste modo, verificamos que o nosso ordenamento jurídico está seguindo cada vez mais a tendência de oportunizar as partes a liberdade de escolha tanto procedimental como para resolução dos conflitos, podendo fazer com que as soluções sejam cada vez mais ligadas entre as partes e fruto da sua composição.

3 PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NO NOVO ORDENAMENTO

O novo Código de Processo Civil dispõe, logo no seu primeiro livro “Das Normas Processuais Cíveis”, título único “Das Normas Fundamentais e das Normas Processuais Cíveis”, Capítulo I “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, em seu artigo 3º, parágrafo 3º que “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”, deixando claro que um dos objetivos da nova legislação processualista é promover a composição amigável dos litígios e que tal dever pertence a todos os operadores do direito.

Dentre as inúmeras disposições inovadoras da nova legislação processual, está, por exemplo, o incentivo monetário previsto no art. 90³⁸, que diz que em havendo composição, as custas processuais existentes serão ou rateadas pelas partes, quando houver transação sem disposição a respeito, ou, se a transação for anterior a prolação da sentença, as partes ficarão dispensadas de custas processuais remanescentes, o que seguramente trará um incentivo à composição amigável.

Apesar das disposições da legislação previrem o estímulo da composição amigável, os operadores do direito brasileiro não estão acostumados nem preparados a fomentar a conciliação como solução dos litígios, já que durante a faculdade, os cursos de direito pouco estimulam a possibilidade de resolução amigável de conflitos. Basta verificar, como exemplo, que 95% (noventa e cinco por

³⁸ Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu.

§ 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.

§ 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver.

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.⁵

cento) dos processos cíveis dos Estados Unidos são resolvidos por composição antes do julgamento, visto que a sociedade, seja por iniciativa dos juizes ou dos advogados, prefere a resolução amigável dos litígios³⁹.

Na Inglaterra, o sistema processual prevê um pagamento de custas adicionais (riscos de custas) pelas partes que não aceitam a proposta de acordo no processo, quando é proferida uma decisão mais desfavorável que a proposta. Diante do elevado valor de custas que poderão ser suportadas quando do julgamento do processo, as partes sentem-se incentivadas para composição anterior ao julgamento do mérito⁴⁰.

Diante da manifesta intenção do legislador em estimular a composição amigável no projeto de novo CPC, as figuras que demonstrarão tal mudança estão representadas pelos auxiliares da justiça⁴¹, denominados conciliadores e mediadores, que desenvolverão um papel, juntamente dos magistrados, essencial para modificar o caráter litigante da comunidade jurídica brasileira.

As propostas que a nova legislação processual traz impõem necessidades de mudança cultural da sociedade brasileira como um todo e em especial a comunidade jurídica.

As faculdades de direito pelo país deverão dedicar-se a esta nova cultura de composição, eis que por muitas vezes acabam por ensinar os estudantes apenas a litigar ou resolver litígio pela heterocomposição. O futuro do nosso ordenamento pode estar na resolução consensual de conflitos, cabendo a todos operadores do direito explanar estas considerações à coletividade em geral, como multiplicadores de informação.

³⁹ LANES, Júlio Cesar Goulart (*apud* MAUET, Thomas A., 2005, p. 347) . Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 149

⁴⁰ ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 250.

⁴¹ Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

3.1 PAPEL DO JUDICIÁRIO

O artigo 166⁴² do novo Código propõe os princípios da conciliação e mediação, quais sejam: independência, imparcialidade, a autonomia de vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. A Lei também prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, conforme o novo artigo 165⁴³. Excepcionalmente, no entanto, as audiências de conciliação e mediação serão realizadas no juízo, mas sempre por conciliadores ou mediadores⁴⁴.

Tais princípios, inobstante estarem agora explicitados na legislação, são há muito tratados pelos doutrinadores do país como fundamentais ao bom desenvolver de uma negociação para conciliar. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição⁴⁵ e é na trajetória para este ponto que é fundamental a qualificação dos auxiliares da justiça, em especial os conciliadores e os mediadores.

O princípio da independência está atribuído à atuação do mediador e do conciliador, na qual não deverão estar abstraídos de qualquer influência externa, podendo presidir a sessão, determinando sua interrupção, suspensão e observando todos os meios para regular desenvolvimento do ato⁴⁶.

A imparcialidade dos mediadores e conciliadores é imprescindível para legalidade do ato, visto que são, nos termos do artigo 149 do novo Código de

⁴² Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁴³ 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.

⁴⁴ § 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 46.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.277.

Processo Civil, auxiliares da justiça e devem, portanto, observar as regras de impedimento e suspeição inerentes à sua atividade.

É primordial para que possa haver composição a preservação do princípio da autonomia de vontade, também tratada como princípio do autorregramento de vontade⁴⁷, eis que o objetivo da composição é exatamente equilibrar os interesses das partes através de sua livre iniciativa, estando os conciliadores proibidos de se utilizar de técnicas que constringam os interessados.

A fim de incentivar a liberdade de dispor dos seus interesses, relevante destacar que as propostas trabalhadas pelas partes na audiência não devem ser levadas a termo, em respeito ao princípio da confidencialidade. O registro das tratativas poderia influenciar indiretamente o magistrado, visto que se tratam de afirmações desarmadas, altruístas, podendo ocorrer sem a fiscalização do advogado e sem a valoração de depoimento⁴⁸.

Se o nosso ordenamento prevê que devemos fomentar a conciliação, o juiz, conciliador ou mediador deve orientar a composição da conciliação, buscando a solução mais equânime e que não tenha possíveis ambiguidades capazes de gerar novos litígios⁴⁹. Assim, é dever de quem estiver conduzindo a audiência ir além da simples formulação de proposta para acordo. O condutor também deverá esclarecer acerca do desgaste que a manutenção do litígio processual trará para ambos⁵⁰.

Consoante bem leciona a obra de José Joaquim Calmon de Passos, “Para conciliar bem, tem o conciliador que se envolver. Para julgar bem, tem o julgador que se preservar⁵¹”. Esta dificuldade tende a ser solucionada com a nova redação da legislação processual, na qual estarão separadas as figuras do responsável pela

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.277.

⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014, p. 68.

⁴⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014, p. 66.

⁵⁰ LANES, Júlio Cesar Goulart (*apud* MAUET, Thomas A., 2005, p. 347) . Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 154

⁵¹ DE PASSOS, José Joaquim Calmon. Comentários ao Código de Processo Civil: Vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 486.

composição ou mediação e do responsável pelo julgamento, ambas com relevante importância para o bom desenvolvimento da justiça, podendo oportunizar as partes recuperar um tratamento cordial pela composição do litígio⁵².

O sistema judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado com o excesso de trabalho enfrentado pelos magistrados. Esta situação faz com que, por vezes, o juiz se apresente para presidir a solenidade (especialmente nos casos da audiência preliminar) sem efetivo conhecimento dos fatos, o que é elemento fundamental para efetivação do seu poder de mediador.

A dedicação prévia e conhecimento da causa pode ser determinante para findar um conflito que poderia durar longos anos e abarrotar ainda mais a máquina judiciária⁵³.

Os princípios da oralidade e da informalidade sugerem que as partes se sintam à vontade, sem necessidade de rituais ou simbologias característicos da realização de solenidades processuais, tais como as audiências e sustentações orais, recomendando-se, inclusive, que o evento seja realizado em ambiente tranquilo, em mesa redonda e com paredes pintadas com cor clara⁵⁴.

Os conciliadores e mediadores, durante toda a resolução do conflito terão como dever, em observância ao princípio da decisão informada, de esclarecer às partes os termos em que estão compondo o litígio, devendo o consenso ser alcançado somente após a compreensão completa da avença⁵⁵.

3. 2 CARACTERÍSTICAS DOS CONCILIADORES E MEDIADORES

52 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 246.

53 LANES, Júlio Cesar Goulart (*apud* MAUET, Thomas A., 2005, p. 347) . Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155

54 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.278.

55 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.278.

A fim de esclarecer as diferenças entre conciliador e mediador, o novo código estabelece que conciliador é aquele que atuará, preferencialmente, nos casos em que não tenha vínculo anterior entre as partes, enquanto o mediador é quem vai atuar, preferencialmente, nos casos em que já há vínculo anterior entre as partes⁵⁶.

Como o conciliador atuará nas demandas em que não haverá vínculo prévio entre as partes, dele será exigida uma participação mais intensa na negociação, inclusive apresentando propostas para solução do litígio.

Já o mediador, por existir prévio relacionamento entre as partes, deve sopesar as propostas das partes, elucidando-as dos interesses em conflito, com a composição final devendo ser proposta pelas partes. Esta última hipótese é mais indicada na solução de conflitos societários ou familiares⁵⁷, na qual, por vezes, o prévio vínculo das partes pode prejudicar a análise benéfica da autocomposição.

A necessidade de qualificar profissionais para exercer a função conciliadora, devidamente especializados para tal, trouxe uma gama, talvez excessiva de dispositivos para cadastramento dos conciliadores e mediadores⁵⁸. Dentre estes, merece destaque o que prevê que a utilização de técnicas negociais não ofende a imparcialidade, conforme o § 3º do novo artigo 166⁵⁹.

A legislação prevê que os tribunais deverão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça, compostos por conciliadores e mediadores que deverão preencher

⁵⁶ § 2o O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.276.

⁵⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014, p. 82.

⁵⁹ § 3o Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

capacitação mínima, por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular estabelecido também pelo CNJ.

A resolução 125/2010 do CNJ estabelece no anexo I do diploma a forma com que os conciliadores e mediadores devem se capacitar e os sujeita a um código de ética (anexo II do diploma).

O anexo I do diploma dispõe que todos aqueles que irão atuar como servidores, conciliadores ou mediadores nos centros de resolução de disputas deverão necessariamente cursar o Módulo I, que “versará sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções básicas sobre o conflito e a comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos⁶⁰”.

O Módulo II previsto na resolução prevê que deverão cursar tanto os conciliadores quanto os mediadores o curso denominado “Conciliação e suas Técnicas” que objetiva facilitar a utilização de técnicas autocompositivas, centralizadas na negociação e conciliação combinada com padrões de comportamento ético e postura no relacionamento com as partes envolvidas no centro de composição de litígios.

O terceiro e último módulo se mostra obrigatório apenas para os mediadores, “com enfoque na mediação, identificando as diferentes Escolas, a multidisciplinaridade, as formas de sua aplicação, com destaque para a mediação judicial”⁶¹.

Conciliadores e mediadores podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais, podendo as partes, inclusive, escolher consensualmente o mediador, conciliador ou câmara privada para solução do litígio. O que é importante, entretanto, é a necessidade de cadastramento e aperfeiçoamento nos cursos

⁶⁰ Resolução 125/2010 CNJ – Anexo I.

⁶¹ Resolução 125/2010 CNJ – Anexo I.

indicados pelo CNJ, eis que se presume uma maior capacitação dos envolvidos. Sobre o tema leciona a doutrina de Fredie Didier Jr.:

“O cadastro é importante, pois, os mediadores e conciliadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de submeterem a reciclagens periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ) ⁶²”

O projeto de novo código processual civil em seu art. 166⁶³ propõe que será de responsabilidade dos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos e devem as audiências de conciliação e mediação ser realizadas nestes centros e excepcionalmente no juízo, porém sempre conduzidas por conciliadores ou mediadores⁶⁴. Assim dispõe Fredie Didier Jr:

“Estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, que ficarão a cargo de mediadores ou conciliadores – a realização da mediação ou da conciliação no próprio juízo onde tramita o processo deve ser encarada como algo excepcional (art. 165, *caput*, CPC). Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito (art. 165, *caput*, CPC, e art. 8º, *caput*, da Resolução n. 125/2010, CNJ). ⁶⁵”

Diante das disposições legais do atual Código de Processo Civil e da constatação de carência do judiciário do costume e do incentivo de trabalhar com a possibilidade de conciliação para solução de conflitos é que a nova legislação processualista civil apresenta novos procedimentos que devem ser trabalhados como alternativa à resolução de conflitos.

⁶² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.277.

⁶³ Art. 166. 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.

⁶⁴ § 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.278.

4 CONCLUSÃO

As propostas trazidas pelo novo código de processo civil visam a buscar maiores composições pacíficas. Foram inseridas alterações importantes que podem fazer com que o nosso sistema se adapte à mudança e o judiciário passe a promover com mais afinco a elaboração das audiências com mais preparo por parte dos conciliadores e mediadores.

Todos os operadores do direito serão atingidos com as mudanças e caberá a cada um, acadêmicos, servidores, magistrados e advogados, trabalhar com as novas possibilidades de solução de conflito propostas pelo ordenamento.

É importante que as novas ferramentas da conciliação não sejam utilizadas irresponsavelmente para eliminar ou acelerar a extinção dos processos, mas sim para incentivar a participação da parte na conclusão do litígio em respeito à sua liberdade.

A tendência é de mudança, mas só a prática e o dia-a-dia forense irão dizer se as mudanças importarão em melhoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 15. ed. Brasília: Gazeta, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DE PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil: Vol. III**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 4.ed. Malheiros, 1997.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Críticas e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao código de processo civil: tomo III, (arts. 270 a 331)**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.