XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

ÁLVARO DE OLIVEIRA AZEVEDO NETO

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F723
Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Adriana Silva Maillart;Álvaro de Oliveira Azevedo Neto; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-859-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

Esta edição é composta de um seleto número de artigos que tratou dos mais diversos nuances das Formas Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito interno e internacional, apresentados no XXVIII Congresso Nacional do Conpedi, realizado entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, em Belém do Pará.

Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review ("duplo cego"), apto a assegurar isenção e idoneidade do apanhado de artigos que ora apresentamos.

Laís Sales Biermann e Daniel Mota Gutierrez, no texto "A atuação judicial e mediações nas varas de família: oportunidades para uma melhor gestão dos conflitos familiares", apontam que, em conflitos familiares, o magistrado deveria enviar as demandas judiciais de sua competência para o mediador, visando a alcançar o almejado tratamento apropriado dos conflitos.

Juliana Raquel Nunes trata da "Mediação e as constelações familiares como instrumentos de humanização do Poder Judiciário", vislumbrando as constelações familiares como um método psicoterapêutico e complementar propício a estimular a compreensão e possível remoção dos conflitos que surgem no sistema familiar, contribuindo de forma eficaz para resolução das controvérsias.

Virginia Grace Martins de Oliveira também analisa a mediação familiar, trazendo para seu artigo (A mediação e o protagonismo das famílias no direito de família com as contribuições de Paulo Freire) a óptica de Paulo Freire no que diz respeito as concepções sobre autonomia e liberdade como forma de protagonismo das famílias.

Maria da Conceição Cosmo Soares e Cynthia Fernanda Oliveira Soares tem como questão central a discussão sobre a mediação e sua institucionalização no judiciário no texto: "Mediação e sua relação com o processo judicial: a influência do Acesso à Justiça e na pacificação social".

No mesmo viés, em "A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social", Fernanda Maria Afonso Carneiro e Eufrosina Saraiva Silva tratam da cultura de paz e da pacificação social na mediação, percebendo este instituto como auxiliar do Poder Judiciário.

Tendo como problemática de investigação se a realização da audiência de conciliação e de mediação poderá ser flexibilizada, posteriormente àquele do artigo 334 CPC? A multa do artigo 334, §8º, deverá ser aplicada?, Fabiana Marion Spengler vislumbra respostas a estes problemas no artigo "A audiência de conciliação e de mediação no Código de Processo Civil de 2015 (CPC) enquanto mecanismo de resolução de conflitos".

Artenira da Silva e Silva e Allen Kardec Feitosa Oliveira, em "Fazenda Pública em juízo: uma breve análise do processo de assimilação da consensualidade envolvendo a administração pública", examinam a consensualidade envolvendo a Administração Pública, tendo em vista a possibilidade de adoção pelo Poder Público dos métodos de solução consensuais de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem). Abordam a necessidade da adoção de um perfil democrático e dialógico na Administração Pública, apresentando como estudo de caso a experiência federal com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

Rodrigo Corrêa Pires e Andrea Abrahão Costa, em "Direito Administrativo disciplinar: política pública de tratamento de conflitos de forma consensual na UFG", abordam a temática do Direito Administrativo Disciplinar, inserido numa Administração Pública Dialógica, na qual se desvincula de uma visão autocrática e se propõe a buscar o diálogo com seus administrados, de forma a incentivar a resolução consensual dos conflitos.

Fernanda Serrer busca empreender uma releitura dos conflitos intersubjetivos a partir da Teoria da Complexidade, partindo da constatação de que a racionalidade jurídica moderna tem legado ao Direito o papel de redutor de complexidades, no artigo "Complexidade e racionalidade jurídica: por uma teoria complexa dos conflitos".

Graziela Regina Munari Lothammer Carlos e Gustavo Silveira Borges analisam a mediação no âmbito dos países do Cone Sul (Argentina, Uruguai e Paraguai) no estudo: "A mediação no Cone Sul: estudo em perspectiva comparatista".

Iracecilia Melsens Silva da Rocha, em "A mediação, a importância do mediador e sua atual responsabilidade", trata sobre mediação, papel do mediador, limites de atuação e responsabilidade do ofício exercido. Nessa esteira, conclui sobre a existência de espectros de responsabilização administrativa, civil, criminal e por improbidade para os mediadores que apresentam desvios de conduta.

Em “As limitações do Direito Penal na Resolução dos conflitos surgidos na pós-modernidade”, Jéssica Santiago Munareto e Daniel Silva Achutti analisam a efetividade do Direito Penal em resolver os conflitos surgidos na pós-modernidade, assim como se há possibilidade de utilização de modelos alternativos para a resolução dos conflitos, como a Justiça Restaurativa.

O artigo “Ediação sanitária, um olhar para o Direito à saúde à luz do diritto vivente, de autoria de Ana Luisa Fretta Michelon e Sandra Regina Martini, examina a mediação sanitária como possibilidade de efetivar o direito à saúde, ressignificando os conflitos a partir da teoria de Eligio Resta - Diritto Vivente, o lado quente do Direito, que se opõe ao Direito pressionado pela urgência que desconsidera o que lhe é mais essencial, o vivente.

E, por fim, a aplicabilidade da arbitragem em dissídios individuais e coletivos a cargo da Justiça do Trabalho é examinada por Edilene Lôbo e William Bruno De Castro Silva, no texto “Aplicabilidade da arbitragem nos conflitos trabalhistas: diálogo, negociação e construção do consenso”.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre as Formas Consensuais de Solução de Conflitos no Brasil.

Boa leitura!

Adriana Silva Maillart - UNINOVE/SP

Álvaro de Oliveira Azevedo Neto - FACI WYDEN

Diego Mongrell González – UBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (CPC) ENQUANTO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE CONCILIATION AND MEDIATION HEARING IN THE 2015 CIVIL PROCESS CODE (CPC) AS A CONFLICT RESOLUTION MECHANISM

Fabiana Marion Spengler [1]

Resumo

O presente artigo trata sobre "A audiência de conciliação e de mediação no CPC enquanto mecanismo de resolução de conflitos". O objetivo pretendeu responder o questionamento: a realização da audiência de conciliação e de mediação poderá ser flexibilizada, posteriormente àquele do artigo 334 CPC? A multa do artigo 334, §8º, deverá ser aplicada? Ainda objetivou discutir a redação trazida pelo CPC, bem como colaborar com o debate quanto à possibilidade ou não desta audiência ser realizada posteriormente e a aplicação da multa. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Já o método de procedimento utilizado foi o monográfico.

Palavras-chave: Audiência, Autocomposição, Código de processo civil, Mediação, Multa

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with "The Conciliation and Mediation Hearing at the CPC as a Dispute Resolution Mechanism". The purpose of the research was to answer the question: can the holding of the conciliation and mediation hearing be made more flexible after that of article 334 CPC? Should the fine of article 334, §8 be applied? Also, discuss the wording brought by the CPC, well as collaborate with the debate as to whether or not this hearing can be held later and the application of the fine. The approach method used was deductive. The method of procedure used was the monographic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Court hearing, Self composition, Code of civil procedure, Mediation. traffic ticket

[1] Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ; Doutora em Direito, docente da Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos.

1. Notas Introdutórias

A busca pela autocomposição sempre foi uma determinação aos julgadores. Trata-se de proporcionar que as partes possam, de modo consensual, chegar a um resultado que evite o recrudescimento de um litígio já posto. No direito processual brasileiro muitas foram as tentativas de emprestar efetividade ao momento conciliatório. Somente nos 43 anos de existência do Código de Processo Civil de 1973, várias alterações foram produzidas. Agora, diante do caderno processual civil, vê-se a previsão de um novo momento e de uma nova forma: a audiência de conciliação e mediação, tratada no artigo 334.

Porém, importa repensar a forma e o momento. Como não poderia ser diferente – está-se tratando do Código de Processo Civil – a atual tentativa vai em busca da finalização das demandas já existentes. Ou seja, a composição resultará na finalização de uma ação judicial já posta, tendo acarretado na oneração financeira e emocional das partes.

Paralelamente a esse caminho, importante, sem dúvida alguma, viu-se sancionado outro instrumento de autocomposição, o qual merece atenção em razão do seu momento de oportunização. A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 veio regulamentar o instituto da mediação e, agora, no âmbito anterior ao da tutela jurisdicional. A mediação pré-processual traz duas grandes vantagens às partes: a primeira é a redução do custo financeiro em busca da solução, que beneficia também ao estado-juiz, que estará vendo diminuir o número de demandas que lhe são postas; a segunda, mas não menos importante, é obtenção do resultado positivo por meio da autocomposição mediada.

Entretanto, a soma dos dispositivos, CPC e Lei de Mediação, mas em especial o primeiro, merece atenção ao tratar da forma e momento como serão interpretadas as normas. O CPC indica o momento para a realização da audiência, como sendo o primeiro ato após a citação. O prazo processual destinado à defesa do demandado passará a correr somente após findas as tentativas de autocomposição. De outra banda, torna esse momento coercitivo às partes, salvo que se manifestem expressamente quanto ao desinteresse, em tempo hábil. A ausência ao ato acarretará na caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça.

Diante de tais colocações a pesquisa pretendeu responder ao seguinte questionamento: o momento de realização da audiência de conciliação e de mediação poderá ser flexibilizado, ocorrendo tal ato posteriormente àquele da previsão legal (artigo 334 CPC)? E a multa, prevista no parágrafo 8º do artigo 334, poderá/deverá ser sempre aplicada?

Nesses termos, o presente estudo busca discutir a redação trazida pela Lei Processual Civil e a (im)possibilidade de interpretações extensivas. Pretende colaborar com o debate

quanto à possibilidade ou não de ser esta audiência (artigo 334) realizada em momento posterior, com a mesma penalização (parágrafo 8º). Ainda, se aplicável às partes, que não comparecerem à sessão de mediação designada na forma do artigo 334, a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça, na medida em que não referida expressamente no parágrafo 8º.

Para fins de cumprir com o proposto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico, a partir da leitura e fichamentos de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

O primeiro tópico do presente artigo trata da audiência de conciliação no tempo, trazendo um histórico desse instituto no decorrer da organização processual brasileira até o ano de 2015, quando então, no segundo item, se exporá o modo como o atual CPC trata da matéria. O item três trata da autocomposição no CPC e as divergências de interpretação surgidas com aspectos dúbios da nova legislação, encaminhando-o texto para a conclusão.

2. Audiência de conciliação no tempo

A conciliação sempre foi objetivo levado aos julgadores, de modo a proporcionar a autocomposição. E, tratando do envolvimento desse poderoso terceiro – juiz –, está-se diante da autocomposição judicial que, na fala de Calmon (2013, p. 132) denomina-se por "a solução do conflito praticada pelas próprias partes envolvidas quando a posterior homologação judicial". Conciliação, prossegue, entretanto, "é a atividade desenvolvida para incentivar, facilitar e auxiliar a essas mesmas partes a chegarem a um acordo".

O dever de buscar a concórdia já era imposto ao juiz nas Ordenações Filipinas:[1]

> E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas, por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso (*sic*) (CASTRO FILHO, 1953, p. 278).

Dessa forma tinha-se a conciliação em caráter preparatório, obrigatório, como condição para que a ação fosse recebida.

[1] Interessante leitura pode ser feita no artigo do Professor José Olímpio de Castro Filho intitulado "A conciliação no Processo Civil" publicado em 1953. Traz um recorte histórico do dever imposto aos juízes pela busca da autocomposição.

A primeira Constituição do Império, de 25 de março de 1824, consagrou o instituto da conciliação, elevando-o a categoria de preceito constitucional, quando no artigo 161 restou estabelecido que "sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum" (ABREU, 2007, <http://www.tex.pro.br/>). O preceito era determinante.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, de forma ainda mais objetiva, em seu artigo 23, determinava que "nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial ou por comparecimento voluntário das partes" (CASTRO FILHO, 1953, p. 278). Entretanto, importa registrar que essa obrigatoriedade restringia-se às "causas comerciais".

No âmbito da Justiça do Trabalho, o Decreto 21.396, de 1º de maio de 1932 instituiu as Comissões Mistas de Conciliação, que inspiraram as Juntas de Conciliação e Julgamento (CASTRO FILHO, 1953, p. 278), hoje não mais assim conhecidas. O dever de tentar conciliar, porém, permanece intacto.

O Código de Processo Civil de 1939, denominado de Código Unitário, porque instalava uma legislação processual nacional em vigor para todas as unidades federativas, omitiu a conciliação. Muito embora moderno para a época, prévio apenas a audiência de instrução, sem nela inserir a obrigatoriedade ao juiz de buscar os meios compositivos.

O Código de 1973 é um marco para o direito processual. Já preocupado com a demora da prestação jurisdicional o CPC de 1973 traz o procedimento sumaríssimo, o qual, porém, não se mostrou eficaz. O tempo, o aumento da judicialização das mazelas humanas e mesmo os efeitos econômicos nacionais refletiram no processo, exigindo modificações.

A conciliação passou a ser um dos deveres do juiz somente por meio da Lei 8.952/1994, quando o artigo 125 foi complementado para atribuir o dever de "IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes". A mesma Lei tratou de alterar a fase do saneamento do processo (art. 331). Inseriu a determinação de designação de audiência de conciliação[2]. O ato de saneamento ocorreria somente após.

Mais uma vez o tempo demonstrou a necessidade de ajustes. A "audiência de conciliação" deu lugar à "audiência preliminar", por força da Lei 10.444/2002. Nesta, na nova redação do artigo 331 do CPC de 1973, o ato de conciliação seria prévio ao saneamento, o qual

[2] Esta audiência somente não deveria ser designada no caso de cabimento de julgamento do processo no estado em que se encontrava, ou sendo indisponíveis os direitos postos.

deveria nela ocorrer. Estava-se diante do encerramento da fase postulatória[3]. Esta redação manteve-se até 18 de março de 2016.

Ainda no ano de 2010 iniciou uma caminhada em busca de um "novo" Código de Processo Civil. Notáveis processualistas como Teresa Arruda Alvin Wambier[4], a quem coube a relatoria, e sob a presidência do Ministro Luiz Fux, debateram com a sociedade jurídica nacional novos caminhos para o processo civil brasileiro. Entra em vigor, seis anos após, o Código de Processo Civil de 2015. Elogiado e criticado, mas debatido. Tem-se o mais humano dos cadernos processuais até então vistos.

3. Audiência de conciliação ou de mediação no CPC/2015

Objetivando a redução do tempo das demandas o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu como prioridade a busca de caminhos para que o jurisdicionado pudesse atingir resultados de forma mais célere e consensual. Como já sinalizou Fabiana Marion Spengler (2014, p. 73):

> Mais que um meio de acesso à justiça, fortalecedor da participação social do cidadão, a mediação e a conciliação são políticas públicas que vêm ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário e do CNJ brasileiros, uma vez que resta comprovada empiricamente sua eficiência no tratamento de conflitos. Prova disso é a Resolução 125, de 29.11.2010 do CNJ que versou sobre a "Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

A partir da Resolução 125 os Tribunais deveriam criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, com atribuição de estimular a busca por meios adequados de solução de conflitos. Os núcleos deveriam, inclusive, gestar a mediação comunitária, mediação penal ou qualquer outro meio restaurativo.

Novos ventos sopraram para alocar a audiência de conciliação ou de mediação para um momento processual mais apropriado. Ao receber a petição inicial "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". É o que determina o artigo

[3] Ou seja, a ideia era de proporcionar espaço para a autocomposição somente após pelas partes estar postos os seus argumentos. Todas as falas estariam presentes, com seus rancores e suas iras.

[4] Também, Adroaldo Furtado Fabrício Benedito Cerezzo Pereira Filho Bruno Dantas Elpídio Donizetti Nunes Humberto Theodoro Júnior Jansen Fialho de Almeida José Miguel Garcia Medina José Roberto dos Santos Bedaque Marcus Vinicius Furtado Coelho Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. A estes outros, tão reconhecidos quanto os primeiros, se juntaram quando a matéria passou a ser discutida na Câmara de Deputados.

334 do atual Código, único destinado ao tema. Ou seja, nenhum ato processual, salvo de urgência, poderá ser realizado.

4. Procedimento a ser adotado em busca da autocomposição[5]

Nessa esteira o CPC trouxe a ideia de inovar no caminho inicial das demandas. Incentiva a atuação – não haveria uma presidência, mas um terceiro cooperador - na audiência de conciliação ou de mediação. Mostra o parágrafo1º do artigo 334, que onde houver quadro de conciliadores e de mediadores, estes deverão atuar, sempre sob a batuta das normas ditadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Vem a nova audiência que possibilita que as partes debatam seus dilemas e direitos antes de acirrados os ânimos com defesa e exaustiva fase probatória. Possibilita que o diálogo seja mais leve, ante o momento inicial da demanda. A proposta de diálogo, senão prévio, antecedente ao debate (SPENGLER NETO; ZUCHETO; FERREIRA, 2016) Também por definição legal, permite que as partes possam prosseguir no diálogo intermediado por conciliador ou por mediador, por até dois meses a contar da primeira oportunidade (parágrafo 2º do artigo 334). Trata-se de uma oportunidade de valorizar o real interesse pela composição. No entanto importa respeitar a vontade das partes, na medida em que delas é o tempo destinado ao debate. Em especial para uma mediação de conflitos eficaz não se pode estabelecer limites de tempo, na medida em que retrata diálogo e compreensão mútuos. Tantas sessões devem ser realizadas quantas necessárias para a maturação do entendimento comum (SPENGLER, 2016a). Ou, como ensina Bueno (2016, p. 318), "o dispositivo quer viabilizar que o tempo necessário à conciliação e à mediação seja empregado para evitar, é este seu intuito, a solução imposta".

Assim como cabe as partes definir a utilização do tempo hábil para o diálogo, também delas é a definição pela realização ou não do ato[6]. O parágrafo quarto do artigo 334 estabelece duas hipóteses de não realização da audiência: a primeira delas, quando as partes (importa registrar o uso do plural) assim registrarem expressamente[7]. O desejo quanto a realização da

[5] Esse assunto será melhor desenvolvido adiante.

[6] Como bem demonstra Spengler (2016a, p. 110) ao abordar os conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça, em especial o artigo 166, parágrafo. 4º, do CPC, "O §. 4º aponta que a conciliação e a mediação serão regidas conforme a autonomia dos interessados, inclusive quanto a definição das regras procedimentais". Ou seja, cabe às partes o poder de decidir quanto ao interesse pela audiência tratada pelo artigo 334, CPC.

[7] Neste ponto vale informar a interpretação respeitável de Medina (2016, p. 582) quanto a possibilidade de não realização da audiência e mesmo aplicação de penalidade quando uma das partes julgá-la inconveniente: "A manifestação prévia de qualquer das partes no sentido de não haver interesse na autocomposição frustra, desde logo, o desiderato da audiência. São muitos os motivos que nos conduzem a esse modo de pensar". Justifica o

audiência de conciliação ou de mediação, pelo autor, deve ser expressa na petição inicial, caracterizando como requisito essencial para o seu recebimento (artigo 319, VII).

De outra banda, dispõe o parágrafo quinto que o réu deverá informar o seu desinteresse na autocomposição no prazo de dez dias anteriores à data agendada. Ainda, o parágrafo sexto informa da necessidade de manifestação de todos os litisconsortes, para que o ato seja suspenso. Ou seja, o objetivo é, de modo claro, oportunizar o encontro entre as partes, possibilitando o diálogo franco. Até porque, "seria um despropósito impor a conciliação e mediação quando as partes se manifestaram expressamente em sentido contrário" (WAMBIER, 2015, p. 571).

A partir desse novo momento, qual seja, proporcionar a autocomposição como primeiro passo processual após o aforamento do pedido, nasce a discussão quanto à interpretação da obrigatoriedade do ato. Sem motivos, salvo melhor juízo, como se verá.

O parágrafo oitavo do artigo 334, apresenta penalização à parte que, injustificadamente, não comparece à audiência de conciliação designada. Caracteriza a omissão como ato atentatório à dignidade da justiça, impondo-se multa de 2% (dois por cento) da vantagem econômica (valor da causa). Então, tem-se o dever (e não ônus) de estar presente ao ato, mas não de "negociar".

Ou seja, está-se diante de um racional lógico-jurídico simples: deve o juiz designar audiência de conciliação ou de mediação, exceto nos casos especificamente referidos no *caput* do artigo 334, CPC; as partes tem a disponibilidade de decidir se desejam ou não submeter-se ao ato designado pelo juiz e, sendo consensual a negativa, deve ser cancelada a audiência; uma vez realizada a audiência e presentes as partes, é sua a decisão quanto a efetiva participação ou não da conciliação ou da mediação, bastando que seja comunicado a quem conduza o ato o desinteresse na autocomposição.

Portanto, a interpretação de ser "a conciliação" ou "a mediação" obrigatórias, ou mesmo obrigatória a submissão é equivocada. O que o novo caderno processual civil pretende é incentivar a autocomposição, mas não obrigá-la. O artigo 334, em seus parágrafos nono e décimo, informa ainda da atuação do advogado ou defensor público. Sua presença é indispensável, como garantia de um processo democrático[8]. Poderá a parte fazer-se representar, porém caso o representante detenha poderes especiais para transigir.

autor informando que (a) é o próprio *caput* do artigo 334 que permite a não realização da audiência quando for caso de julgamento liminar do pedido; (b) tanto conciliação quanto a mediação são informadas pelo princípio da autonomia da vontade; (c) a cultura da pacificação não pode ser imposta, dentre outras. Na mesma linha PINHO (2016, p. 449) que sobre o tema afirma "Estamos em que o magistrado deva ter discricionariedade para avaliar se a audiência de conciliação ou de mediação será útil ou não, diante do que consta nos autos".

[8] Lembrando a norma constitucional tratada pelo art. 133 da Carta Magna, que aponta ser o advogado essencial para a administração da justiça.

Findando a análise desse artigo, está-se diante de uma norma específica. Estabelece o parágrafo segundo que "a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte." (BRASIL, 2015, <http://www.planalto.gov.br/>). Spengler (2016a, p. 118) aponta sobre o tema:

> Talvez nesse interregno seja possível fazer uma conciliação. Porém, fazer uma mediação bem feita, com todas as suas etapas e técnicas, ou então utilizando-se daquelas que foram necessárias, permitindo o diálogo e a troca criativa de propostas, dificilmente se concretizará em apenas 20 minutos. Nesse sentido, como a disposição legal fala de "intervalo mínimo" será necessário contar com o bom senso do juiz na organização da pauta oferecendo aos mediadores mais tempo para desenvolver de maneira adequada o seu trabalho.

Além da compreensão dos magistrados do tempo de cada mediação, a capacidade de argumentação dos conciliadores e dos mediadores quanto a possibilidade de redesignação do ato, na forma do parágrafo segundo deste mesmo artigo 334. Basta que as partes assim entendam viável.

5. Meios autocompositivos nas ações de família e nas ações possessórias coletivas

Este Código, que parece mais humano no trato dos dilemas dos cidadãos, cria normas gerais para o trato das ações de família (artigos 693/699). Aquelas ações que transitam pelos sentimentos humanos mais suscetíveis ao sofrimento. Uma dessas regras diz respeito a utilização da mediação para lidar com os conflitos familistas.

Tal se dá porque a mediação familiar poderá ser uma alternativa mais vantajosa, mais próxima e menos dolorosa de tratamento desses conflitos, justamente porque é um procedimento interdisciplinar que pretende conferir aos seus envolvidos autonomização e responsabilização por suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando escolhas e alternativas. É não adversarial pois pretende desconstruir impasses que impedem a comunicação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um procedimento confidencial e voluntário no qual o mediador, terceiro imparcial, facilita e promove a comunicação entre os conflitantes. Consequentemente, o acordo pode ser um dos desfechos possíveis, mas ainda que ele não ocorra, se o diálogo amistoso foi restabelecido, a mediação poderá ser considerada exitosa.

Nesse mesmo sentido, observa-se que a mediação familiar é um procedimento "imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito" (MARLOW, 1999, p. 31).

Especificamente no âmbito familista a mediação é o processo que, através do uso de técnicas de facilitação, aplicadas por um terceiro interventor numa disputa, estabelece o contexto do conflito existente, identifica necessidades e interesses, mediante recursos advindos da psicologia e da assistência social, produzindo decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação.

Justamente porque utiliza os conhecimentos e os serviços de áreas próximas porém diferentes (Direito, Psicologia e Serviço Social) a mediação familista é considerada uma prática transdisciplinar que se utiliza do trabalho de um mediador e de um ou mais co-mediadores que formam uma equipe multidisciplinar com várias competências que se complementam entre si, oferecendo as partes uma assistência integral. O papel da transdisciplinaridade é justamente constituir um conhecimento em rede que permita a integração de diferentes paradigmas para atender necessidades diversas (MUSZKAT; OLIVEIRA; UNBEHAUM, 2008, p. 48).

Nesse sentido, e objetivando fomentar a mediação e tornando o processo familista mais humano, o artigo 694 informa da importância da busca pela autocomposição. Traz a possibilidade de suspensão do processo, por requerimento das partes pelo tempo necessário a utilização dos meios autocompositivos, mesmo extrajudiciais. Como ressalta (MEDINA, 2016, p. 869), nestes tipos de ações não se estará diante do exercício de opção pelas partes, quando a designação da audiência, mas sim de um espaço no qual se tem "primazia absoluta à solução consensual dos conflitos". Assim, prossegue o autor, "dificilmente deixará de ser realizada a audiência de conciliação ou de mediação" (MEDINA, 2016, p. 869).

Nessa linha o artigo 696 traz a possibilidade de realização de "tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual". Ou seja, a limitação dos dois meses tratada no parágrafo segundo do artigo 334 não é aplicada.

Outra novidade legislativa é a citação do réu sem que, ao mandado respectivo, esteja apensa a petição inicial. Buscando a redução do nível do conflito, o artigo 695 do CPC determina que o ato citatório seja realizado sem que cópia da petição inicial o acompanhe. Pretende que a audiência de mediação e conciliação seja realizada sem que ele, réu, tenha sido atingido pelos termos de uma petição inicial, por vezes, repleta de emoção desmedida. Entretanto, e resguardando o necessário direito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) poderá ele, réu, "*examinar seu conteúdo a qualquer tempo*" (parágrafo 1º).

Nesse sentindo, ao se referir a regra do artigo 695, parágrafo 1º (citação sem a cópia da petição inicial), Fernanda Tartuce (2016, p. 337) se manifesta:

> A regra, porém, desafia a Constituição Federal: ao permitir que apenas uma das partes tenha ciência do que foi apresentado ao juiz, ela promove um desequilíbrio anti-isonômico no processo; se uma das partes apresentou sua versão em juízo, é decorrência do contraditório que haja sua cientificação.

Além disso, o parágrafo em comento atinge um dos princípios básicos da mediação que diz respeito a decisão informada, que determina a necessidade dos partícipes da mediação de estar informados a respeito do contexto no qual estão inseridos e do processo que contra eles é movido. Está-se diante da conjugação de dois institutos inseparáveis, na moderna visão processual: ações de família e autocomposição.

Ainda em linha de proteção apropriada às demandas especiais, tem-se a designação de audiência de mediação nas ações possessórias com polo passivo coletivo (art. 565, CPC). Essa é uma iniciativa pioneira do atual CPC que determina a realização da mediação para tratar de litígios relativos a posse consolidada (existente a mais de um ano)[9]. Essa mesma previsão se aplica também aos conflitos sobre propriedade imobiliária.

Porém, para que a mediação seja exitosa são necessários o empenho e a cooperação de todos os envolvidos, mediante a aplicação de métodos que viabilizem o debate. Como os direitos inerentes a relação entre a pessoa e seus bens, chamado de "Direito das Coisas" é totalmente disponível, em função de seu cunho patrimonial, "a mediação pode ser um mecanismo propício para obter a saída consensual para eventuais pendengas envolvendo posse e o direito de propriedade em suas diversas gradações" (TARTUCE, 2016, p. 327).

Para fins de enfrentar o debate é preciso esclarecer o que são conflitos coletivos. Esses conflitos "são, por natureza, causas de grande complexidade, pois evolvem, de um lado, uma numerosidade de titulares de um direito, e de outro lado, normalmente, órgãos públicos que tenham competência na proteção desses direitos" (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 25). Cabe então ao Judiciário o desafio de oferecer resposta qualitativa e viável aos conflitantes envolvidos nessas ações. Nestes termos, a mediação, que objetiva o resgate da comunicação, se encaminha como um mecanismo interessante para alcançar solução juridicamente viável que atenda a todos os interesses envolvidos.

[9] Se denominará velha a posse quando estiver sendo exercida há mais de ano e dia. Sua desconstituição dependerá de vias ordinárias, ou de ampla discussão, não se procedendo sumariamente. Aos interditos possessórios não se concederá a reintegração ou a manutenção preliminar (RIZZARDO, 2014).

Quando se fala de litígio coletivo pela posse do imóvel pode-se exemplificar citando "as ações possessórias podem envolver pretensões de centenas de famílias que coabitam um único imóvel invadido". Então, é importante que a mediação seja aplicada com "habilidade para trabalhar primeiramente as divergências dentro do grupo de forma igualitária, para posteriormente tratar o conflito de forma globalizada" (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 25). É importante salientar que a regra do artigo 565 se aplica para a disputa de direito sobre propriedade coletiva, ou litígio coletivo pela posse do imóvel (caput). Mas não só à tutela da posse, pois o parágrafo 5º determina a aplicação das novas regras também 'ao litígio sobre propriedade de imóvel (BUENO, 2016, p. 382). Nesse sentido, o *caput* do artigo em comento dispõe que sua aplicação deve se dar em o esbulho ou turbação tenham ocorrido há mais de um ano e um dia. Nasce então uma primeira crítica à redação do dispositivo. "Os artigos 558 e 562, ambos do mesmo CPC, conduzem à interpretação de que as medidas liminares somente serão deferidas quando a demanda for ajuizada no tempo de um ano e um dia. Passado este, estar-se-ia diante de ação de "força velha", a qual não permite o deferimento de medida de urgência" (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 29).

Porém, a redação traz interpretação polêmica pois "tratando-se de demanda aforada após a perda da posse e passados mais de um ano e dia, inviável o deferimento de medida liminar" (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 29). Mas, a redação confusa leva a compreender que, "tratando-se de força nova, não seria possível a designação de data, local e hora para a realização da sessão (audiência) de mediação. Por evidente que não deve ser esse o racional do julgador, na medida em que o intento é a solução por meio de autocomposição" (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 29).

Mas, como afirma Wambier (2015, p. 931) não se trata da medida liminar possessória já referida no artigo 562 do CPC. Ela está vinculada ao prazo de ano e dia (artigo 558), ou seja, somente poderá ser deferida se caraterizada a perda da posse ocorrida a menos de ano e dia. A medida liminar a que se refere o artigo 565 está vinculada às tutelas de urgência regradas pelos artigos 300 e seguintes.

Porém, conforme Medina (2016, p. 825) "justifica-se o cuidado do legislador, se considerada a função social da posse do imóvel: a não oposição à turbação ou ao esbulho por mais de ano e dia permite deduzir haver pouco interesse em proteger a posse, de um lado, de outro lado, que aqueles que ocupam o imóvel podem estar a lhe dar destinação adequada". Partindo da premissa temporal, o legislador determina que, antes de apreciar eventual pedido de medida liminar, o juiz designe audiência (sessão) de mediação, no prazo de 30 dias, respeitando a urgência do tema.

O parágrafo 1º do artigo 565 dispõe que, se deferida a medida liminar pleiteada, se não for executada no prazo de um ano a partir da distribuição cabe ao juiz oportunizar a mediação. No parágrafo 2º fica determinada a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública (quando a parte gozar de justiça gratuita) para comparecer a mediação. Assim, observa-se a inserção de terceiros no contexto mediativo.

> E esses terceiros não compõem o espaço de mediação tradicional, ou seja, não serão mediadores, mas sim partícipes ativos. Na forma do parágrafo segundo, existe imposição da intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública2. Já na forma do parágrafo quarto, poderá o juiz determinar a intimação dos "órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio...". São dois os objetivos da presença desses órgãos: primeiro, para que se manifestem quanto ao interesse na área, na medida em que prevalece o interesse público ao privado. Em segundo lugar, para que apresentem oportunidades de solução do litígio no âmbito social. Cabe, entretanto, pontuar que esses terceiros não se confundem com o mediador (SPENGLER NETO; CROHMAL; SCWHANTES, 2016, p. 30-31).

Porém, os terceiros que participação da mediação não são mediadores e por isso a interrogação que se impõe é se realmente o procedimento adotado deverá ser o mediativo ou se a conciliação se aplicaria com maior eficácia.

6. Diferenciação necessária: conciliação e mediação

As normas legais que tratam do tema "mediação e conciliação" como políticas públicas de tratamento adequado das disputas não as diferencia com clareza, tratando-as como se fossem institutos idênticos, com as mesmas características e servindo ao mesmo tipo de conflitos. Porém, as diferenças entre elas são significativas e importantes.

Elas se dão quanto à conceituação propriamente dita, mas também operam de modo expressivo no papel desempenhado pelos operadores que administram as sessões, pelo tipo de conflito nelas tratados, pelos objetivos perseguidos e pelos resultados almejados. Porém, antes de diferenciar mediação e conciliação faz-se necessário referir que ambas estão elencadas como métodos autocompositivos[10] de tratamento dos conflitos, colocando-se em contraponto aos chamados heterocomposivos[11].

[10] "A autocomposição tem por princípios a indivisibilidade e a interpretação restritiva. Seu principal efeito é fazer desaparecer o litígio. Se judicial, dá causa ao fim do processo; se preventiva, evita-o. Os escopos da autocomposição são os mesmos do processo, de natureza jurídica, social e política, tanto em relação aos envolvidos quanto, indiretamente, à sociedade." (CAHALI, 2015, p. 43).

[11] "O processo heterocompositivo judicial abordava conflito como se fosse um fenômeno relacionado exclusivamente à estrutura normativa positivada e, ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente

A principal diferença entre autocomposição e heterocomposição diz respeito ao fato de que, enquanto nos processos heterocompositivos, cujos modelos são chamados adversariais (arbitragem e jurisdição) há sempre vencedores e vencidos (ganha/perde), nos processos autocompositivos de modelos consensuais (negociação, mediação e conciliação) buscam-se as soluções vencedoras (ganha/ganha), observando os interesses de todos (BACELLAR, 2011).

Tal se dá porque a mediação constitui um procedimento de transformação dos antagonismos em pontos de convergências, não necessariamente em pontos de concordância, mediante a intervenção de um terceiro escolhido pelos conflitantes. A mediação consiste em um "dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito" (CAHALI, 2015, p. 84). O mediador tem, então, a tarefa de possibilitar que conflitantes expressem seus sentimentos e seus interesses dando a eles espaço para, de modo criativo, formular sugestões e propostas para a Resolução adequada de seu conflito. O mediador não tem papel ativo na proposição de acordos, nem na orientação das partes quanto ao conflito. Essa tarefa não é da sua alçada.

Já a conciliação é um instituto que tem por objetivo chegar voluntariamente a um acordo neutro e conta com a participação de um terceiro – conciliador – que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para fins de dirigir a discussão. Na conciliação o objetivo é o acordo. Nela, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe (CAHALI, 2015, p. 84). Justamente por isso, o conciliador sugere, orienta, interfere e aconselha as partes, sem analisar o conflito em profundidade[12].

Ao delimitar conciliação e mediação, observa-se que a diferença básica entre ambas se encontra na origem do conflito (aqui analisado se ele diz respeito a uma relação continuada, com existência de relação anterior entre os conflitantes – cunho subjetivo-; ou se tratava de uma relação esporádica – de cunho objetivo), na postura do mediador/conciliador ou nas técnicas por ele empregadas (CAHALI, 2015). Além disso, a conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante a elaboração de um acordo. Já a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa. O acordo é efeito secundário da mediação e não objetivo principal a ser perseguido como é o caso da conciliação.

tutelados, excluía aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados." (AZEVEDO, 2011, p. 21).

[12] Observa-se que, muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre (não deveria!) no sentido de forçar o acordo.

Em síntese e de maneira bem objetiva, a mediação e a conciliação diferem:

a) quanto ao conflito: na conciliação existem conflitos esporádicos, sem relacionamento prévio ou posterior entre os conflitantes. Exemplo: relações de consumo ou acidente de trânsito; já na mediação existem conflitos nos quais os envolvidos possuem relações próximas anteriores ao litígio e que permanecerão (pelo menos assim se espera), íntegros após a Resolução do mesmo. Exemplo típico são os conflitos do Direito de Família, Direito Sucessório ou aqueles pertencentes às relações de amizade e vizinhança;

b) quanto ao papel do mediador/conciliador: na mediação há uma terceira pessoa que atua como mediador, ajudando os conflitantes a restabelecer a comunicação. O mediador não sugere, não propõe, não orienta. O conciliador, ao contrário, é o terceiro que pode sugerir, propor, orientar e direcionar o debate e seus resultados;

c) quanto aos objetivos perseguidos: a mediação busca um tratamento adequado ao conflito que gere comunicação e satisfação dos envolvidos. O acordo pode ser uma consequência dessa dinâmica, mas um procedimento de mediação que não tenha se encerrado com um acordo não poderá ser chamado de inexitoso se possibilitou que os conflitantes voltassem a conversar. A mediação busca o consenso e a efetiva pacificação social. A conciliação tem por alvo principal alcançar o acordo, por isso é um procedimento focado na necessária composição entre as partes. O objetivo é solucionar o litígio mediante um acordo.

d) quanto às técnicas empregadas e à dinâmica das sessões: a mediação prevê o emprego de técnicas voltadas para a escuta e o desvelamento do real interesse envolvido no conflito. É um procedimento voltado aos conflitantes que se tornam protagonistas de suas histórias e da construção de respostas aos seus problemas. A mediação prevê sessões mais longas do que a conciliação, bem como a remarcação de tais sessões quando é necessário que o diálogo se mantenha e amadureça para que posteriormente sejam tomadas as decisões. Já a conciliação prevê o uso de técnicas de negociação mais voltadas para o acordo propriamente dito, ela estimula propostas e contrapropostas dos conflitantes e do conciliador. A conciliação acontece em sessões mais curtas e a hipótese de remarcação de novos encontros não é tão frequente.

Assim observa-se que mediação e conciliação são institutos afins, porém, diferentes. Cada um deles possui seus limites e possibilidades servindo a conflitos específicos, com características e formas de atuação também diferenciadas. Por isso distingui-los é importante[13].

[13] Estudo abrangente pode ser realizado em SPENGLER, Fabiana, SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Do conflito à solução adequada***:* mediação, conciliação, negociação, jurisdição e arbitragem. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

7. Impropriedade terminológica quanto ao momento da mediação

Tratando-se de institutos diferentes, também terão seu momento de realização em atos diferentes. Tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), incorrem em um equívoco de identificação dos atos, talvez em razão exatamente da falta de definições tratada no tema anterior.

Derivado do latim *de audire*, que tem o sentido de escutar, atender, o termo audiência tem o sentido, no Direito Processual Civil de estar perante o juiz para um ato audível. Considera Tartuce (2016, p. 273):

> Com a evolução da prática e dos estudos processuais, a expressão passou a ser utilizada com maior requinte, sendo hoje identificada com uma situação em que um magistrado preside o ato; nessa medida, a audiência é considerada o ato processual solene realizado na sede do juízo que se presta para que o juiz possa colher prova oral, ouvir os procuradores das partes e proferir decisão.

Ou seja, ato presidido pelo magistrado. E aqui nasce o equívoco legislativo encontrado no art. 334 e seus parágrafos, bem como na Lei de Mediação (artigos 6º, 24 e 27)[14]. Importante referir que é o próprio Conselho Nacional de Justiça que dá origem à confusão terminológica quando trata o ato como sessão (artigo 7º) e audiência (artigo 12-D) na Resolução 125. Ora, os atos de conciliação e de mediação não são realizados em uma audiência, mas sim em sessões.

É equivocado utilizar o termo "audiência" para denominar o encontro das pessoas e dos profissionais envolvidos na disputa com o objetivo de dialogar para alcançar um acordo. Chamar de audiência esse encontro, que até então era denominado de "sessão" ou de "reunião" induz a equívoco. Tal se dá porque a audiência[15] é um ato processual solene, na maioria das situações público, e que deverá ser presidido pelo juiz. Esse é o primeiro percalço pois atualmente existe a possibilidade de que a mediação e a conciliação possam ser feitas por pessoas que tenham recebido treinamento específico, que estejam formadas há mais de dois anos em qualquer área do conhecimento.

---

[14] Vale a leitura dos comentários de Gimenez, Kops e Knod ao artigo 27 da Lei de Mediação, encontrado em SPENGLER, Fabiana e SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

[15] "Audiência, s.f.- Diz-se do ato de ouvir a parte, de admitir que ela fale, em juízo, na defesa de suas pretensões. É também sessão pública solene em que o juiz singular, ou as juntas trabalhistas, promovem a instrução final da causa e os debates orais, passando, em seguida, ao julgamento do litígio ou a sua conversão em diligência se não foi possível resolver a contenda mediante conciliação das partes." (NEVES, 1990, p. 78).

Nesses termos, a audiência envolve sempre a figura do juiz, mas o próprio CPC abre a possibilidade de que a reunião de mediação/conciliação – nele chamado de audiência – seja feita por pessoas que não são Juízes. Por fim, a audiência processual, permite, dentre outras coisas, que seja colhida a prova oral e que sejam ouvidas pessoalmente as partes e seus procuradores. Essa perspectiva pode ser aplicada a conciliação, mas não serve para a mediação.

O Núcleo de Estudos de Mediação vinculado à Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS, coordenado pela Desembargadora Genaceia da Silva Alberton já pautou que as conciliações e as mediações realizadas tanto em centros judiciários quanto em privados devem ser qualificadas como sessões e não audiências (TARTUCE, 2016). Nesses atos inexiste a figura da autoridade que os presida (juiz), mas sim de um terceiro que tem a tarefa de ser um facilitador para que se realize um diálogo salutar.

Dessa forma, e como corolário, importa definir que conciliações e mediações devem ser tratadas em sessões e não audiências, seja em âmbito público ou privado. Somente serão realizadas em audiências quando presididas por magistrados.

8. A autocomposição no CPC e as controvérsias surgidas

Como toda legislação nova, o CPC em vigor mereceu elogios e críticas. Por maior que tenha sido o esforço de todos os colaboradores na construção, algumas críticas são devidas, outras imerecidas. Entretanto, aí está e deve ser respeitado, interpretado e cumprido de forma a ser melhor do que o substituído em nome do bom andamento jurisdicional.

Na busca da interpretação das novas normas de modo a cumpri-las, dois pontos merecem discussão atenta: o primeiro, a possibilidade ou não de aplicação da multa prevista no art. 334, parágrafo 8º, às partes ausentes de sessões de mediação. O segundo, a legalidade ou não de aplicação da multa pela ausência das partes às sessões ou audiências de conciliação ou de mediação designadas no curso da demanda, e não na fase prevista processualmente.

9. Inaplicabilidade da multa do artigo 334, CPC quando da ausência às sessões de mediação

Vale buscar a redação do parágrafo oitavo do artigo 334:

> 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 (BRASIL, 2015, < http://www.planalto.gov.br/>).

De plano se lê que o artigo trata exclusivamente da audiência de conciliação, apenas. Não inclui a sessão de mediação, o que exclui a possibilidade de aplicação da multa, porque ausente imposição legal. Nessa ordem deve ser observada a norma constitucional que prevê de modo indubitável que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" - inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <www.planalto.com.br/>).

Assim, não prevendo expressamente o parágrafo oitavo a obrigatoriedade de presença das partes à sessão de mediação, impossível a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça. Não há que se punir por ato não exigível.

Vale lembrar que o *contempt of court* chegou à legislação brasileira no Código de 1973 visando coibir a prática de atos atentatórios, em especial nos processos de execução. Objetivava, como ainda o faz, reprimir a prática de atos que visem procrastinar o andamento processual ou mesmo impedir o sucesso da prestação jurisdicional. Assim, em resumo, a prática dolosa de atos. À toda evidência, não é o que se vê no art. 334 do CPC.

De outra banda, e saindo do aspecto estritamente legal, basta associar a pretendida obrigação de comparecimento com os princípios básicos da mediação de conflitos[16], dentre eles a voluntariedade em participar do ato (SPENGLER, 2014). O simples fato de impor o comparecimento sob pena de multa acarreta a quebra de um dos aspectos fundamentais para um bom resultado.

Dessa forma, tem-se que mais do que indevida a imposição da multa prevista pelo art. 334, em seu parágrafo oitavo, do CPC às partes que não comparecerem injustificadamente à sessão de mediação, é ilegal.

10. Inaplicabilidade da multa do art. 334, CPC quando a ausência não ocorrer no primeiro momento processual

Outro aspecto controvertido é o tempo da audiência de conciliação ou de mediação. Aqui, tempo no sentido de localização no curso do processo. Para tanto, há que se trazer primeiro o *caput* do art. 334, do CPC:

[16] Para uma absoluta compreensão do instituto – mediação - considere-se a leitura de SPENGLER (2016a); CALMON, (2013) e TARTUCE (2016).

> 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 (BRASIL, 2015, <www.planalto.com.br>).

Na sequência, o artigo 335 abre o capítulo "da contestação". Aponta o prazo de 15 dias para a oferta, iniciando, dentre três hipóteses, "I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição". Portanto, é inteligência da soma dos artigos, que o momento para que a audiência de conciliação ou a sessão de mediação ocorra é exclusivamente aquele que sucede o recebimento da petição inicial e a citação e antecede a contestação.

Em nome da insuficiência de condições materiais e/ou humanas ou do acúmulo de demandas, em algumas comarcas brasileiras tem-se noticiado a não designação dessa audiência. Aplica-se o artigo 231, I, do CPC[17], abrindo o prazo contestacional a partir da juntada aos autos da prova da citação.

A questão que se levanta, então é a possibilidade de designação de audiência de conciliação após esgotada a fase postulatória, e antes do saneamento? Na prática, voltar-se-ia à audiência preliminar (artigo 331, CPC/73), na qual o juiz, não havendo composição, passava a sanear o feito em audiência. Ora, a possibilidade de designação de audiência conciliatória passa pelo crivo de conveniência do juiz, a qualquer tempo. Não poderá ele, porém, fazer uso do ato de pressão contido no parágrafo oitavo do artigo. 334 para compelir as partes a estarem presentes. Esta audiência será realizada nos termos do artigo 139, V, do CPC, podendo ele utilizar-se dos conciliadores e dos mediadores.

O aspecto que define a impossibilidade da aplicação da multa é exatamente o objetivo dela. É o de trazer as partes a uma oportunidade de autocomposição, antes da contestação; antes do recrudescimento dos ânimos, possibilitando efetivamente o diálogo. A audiência de conciliação após já esgotados os momentos de dizer de cada um, foge do objetivo pretendido.

Ademais, o artigo 139, V traz carga de opção de condução da audiência exatamente contrária do parágrafo primeiro do artigo 334. Neste, a atuação será, preferencialmente dos conciliadores ou dos mediadores. Naquele, do juiz, o qual poderá utilizar-se dos auxiliares. Portanto, passa a ser indevida a imposição da multa pelo não comparecimento. Chega-se, pois,

[17] Na verdade, retorna ao que era a regra, à época do finado CPC/73.

a um tema já tratado por Wambier (2015, p. 139), que é a conveniência ou não de o juiz presidir sessão de mediação:

> Hoje se utilizam os termos mediação e conciliação como significantes de processos que levam à realização do acordo. A conciliação é um mecanismo em que o juiz tem presença maior, na medida em que pode induzir as partes, estimulá-las à composição mediante proposta de solução. A mediação talvez envolva um mergulho mais profundo na psique das partes, porque consiste em fazer com que elas mesmas encontrem o caminho do acordo.
> Certamente, dirão coisas que não diriam, se fossem litigar, colocar-se uma contra a outra. Estas informações o juiz não poderá ter, porque não as poderá usar para decidir. Ao juiz remanesce o poder/dever de tentar a conciliação, tal como tradicionalmente concebida. Todavia, o "mergulho" nos processos psicológicos deve ser feito por profissional capacitado, protegido pela devida confidencialidade. A essas sessões o juiz, a rigor, não deve estar presente.

Há que se resguardar a quem incumbe julgar o seu espaço, com as condições existentes nos autos. Mesmo que com as condições técnicas para mediar, uma vez não obtido resultado positivo, deverá dar-se por impedido para prosseguir na instrução e julgamento. Nessa linha, em optando pela designação de sessão de mediação, deverá o juiz remeter os autos aos mediadores judiciais já definidos.

11. Conclusão

Indubitavelmente a busca pela autocomposição é o melhor caminho para chegar a um resultado menos oneroso econômica e psicologicamente para as partes. E o CPC vigente, ao trazer para o processo civil a possibilidade de tratamento por meio da mediação – a conciliação já se tinha no CPC/73 – deu um passo importante.

Da mesma forma correta a alocação da audiência de conciliação e a sessão de mediação para os primórdios do processo. É o momento menos convulsionado em que as partes poderão se encontrar, dialogar e quiçá compor. Momento que poderá se desmembrar em etapas, quando os conflitantes assim desejarem.

Dessa forma é fundamental que se interprete a oportunidade de outros momentos de conciliação e/ou de mediação como possível e sempre aconselhável. Deve o julgador, encontrando receptividade das partes, oportunizar a autocomposição. Não pode, porém, exatamente em razão das motivações que alocam o ato tratado pelo art. 334 do CPC para o início do processo, aplicar qualquer tipo de coação no curso dele. A multa do parágrafo oitavo está destinada a compelir os conflitantes a participar de um ato inaugural, ainda desarmados (em especial o réu).

Porém, há que se preservar a proposta de composição, o que somente ocorre quando as partes estiverem prontas a ouvir e a serem ouvidas. E esse desprendimento somente ocorrerá quando a participação não for imposta, em especial para fins de realização de sessões de mediação.

Exatamente nessa linha de interpretação é que o parágrafo oitavo do art. 334, do CPC, omitiu a mediação da pena de multa (mantendo apenas a conciliação no seu texto). Porque somente será eficaz a mediação com espontaneidade, com liberdade, com a participação das partes (e não de procuradores) e de mediadores capacitados para tal.

Importa que as partes compreendam a importância do ato. Mas também que os patronos esclareçam a elas os benefícios da composição. E que os magistrados, como lembra Dinamarco (2009, p. 76) ao analisar a extinta audiência preliminar, percebam que não se está diante de mais um ato processual, mas de um momento em que se busca mais do que a paz do Direito, a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ABREU, Leonardo Santana de. **Comentários ao art. 331 do CPC** - Da audiência preliminar. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 7, nº 678, 24 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/5724-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar-5556>. Acesso em 06 de jan. 2019.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2011.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coord). **Conciliação e mediação:** estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de processo civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BUENO, Cássio S. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2ª edição, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CASTRO FILHO, José. **A conciliação no processo civil**. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/573/540>. Acesso em: 05 jan. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARLOW, Lenard. **Mediación familiar** – uma practica em busca de uma teoria - uma nueva visión del derecho. Barcelona: Granica, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. Editora Revista dos Tribunais, 2016,

MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. **Mediação transdisciplinar**. Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.

PINHO, Humberto D. B. **Audiência de conciliação ou de mediação:** o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial, in Processo em Jornadas, Salvador: Podium, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos** - da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016a.
_____. **Da jurisdição à mediação** – por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2016b.

_____. **Retalhos de Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

_____.; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.), **Do conflito à solução adequada:** mediação, conciliação, negociação, jurisdição e arbitragem. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER NETO, T.; CROHMAL, F.; SCWHANTES, H. A mediação enquanto política pública para resolução de conflitos agrários: o caso do artigo 565, CPC. In: SPENGLER, Fabiana; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para seu tratamento**. 1. ed. Curitiba: Multidea, 2016, p.13-32.

_____.; ZUCHETO, T. M.; FERREIRA V. G. Conciliação, mediação arbitragem no novo Código de Processo Civil (CPC) In: SPENGLER, Fabiana M., SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem, artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Editora LGV, 2016

TARTUCE, Fernanda. **Mediação dos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2016.

WAMBIER, Teresa A. A., et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil** – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.